

ANAYASA HUKUKU

Derleyenler

İhsan KAMALAK & Fatma Duygu BOZKURT

Elvan CENİKLİ - Asuman ÇAPAR - Veysel DİNLER

Deniz Şahin DURAN - Özkan DURNA - Damla ERMAYDAN

İhsan KAMALAK - İsmail İŞLER - Arif KÖKTAŞ

Mehmet ÖZGÜN - Necla TAŞKIN

Kaf Kitap Kafe Yayınları



ANAYASA HUKUKU

Derleyenler

İhsan KAMALAK & Fatma Duygu BOZKURT

Elvan CENİKLİ - Asuman ÇAPAR - Veysel DİNLER

Deniz Şahin DURAN - Özkan DURNA - Damla ERMAYDAN

İhsan KAMALAK – İsmail İŞLER - Arif KÖKTAŞ - Mehmet ÖZGÜN

Necla TAŞKIN

ISBN:

Sertifika No: 44306

Matbaa Sertifika No: 50019

Kaf Kitap Kafe Yayınları

Kınıklı Mah. 6061. Sokak No: 4/A

Pamukkale / DENİZLİ

Tel: 0 258 211 95 94 – 0 554 632 96 92

Dizgi

Himmet AKSOY

Kapak

Fehmican CEYLAN

Matbaa

4 Renk Grup Matbaacılık

Kazımkarabekir Caddesi Murat Çarşısı 39/11

Altındağ / ANKARA

Tanıtım içi yapılacak kısa alıntılar dışında yayıncının ya da yazarların izni olmaksızın hiçbir şekilde çoğaltılamaz.

Kitaptaki bilgilerin her türlü sorumluluğu yazarlarına aittir.

Bu Kitap T.C. Kültür Bakanlığında alınan bandrol ve ISBN ile satılmaktadır. Bandrolsüz kitap almayınız.

Şubat 2022

Kaf Kitap Kafe Yayınları



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	iii
ÖNSÖZ	v
I. ANAYASA HUKUKUNA GİRİŞ: ANAYASA VE ANAYASACILIK	1
II. OSMANLI TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASAL GELİŞMELERİ	49
III. 1982 ANAYASASI Hata! Yer işareti tanımlanmamış.	
III. 1982 ANAYASASI'NIN BAŞLANGIÇ KISMI	67
IV. 1982 ANAYASASI'NA GÖRE TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NİN NİTELİKLERİ	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
IV.1. 1982 ANAYASASI ve DEVLET YAPISI DEVLET TÜRLERİ VE EGEMENLİK	76
IV.2. 1982 ANAYASASI ve TEMEL HAK ve ÖZGÜRLÜKLER.....	97
IV.3. 1982 ANAYASASI ve HUKUK DEVLETİ.....	125
IV.4. 1982 ANAYASASI ve DEMOKRATİK DEVLET.....	139
IV.5. 1982 ANAYASASI ve LAİKLİK.....	161
IV.6. 1982 ANAYASASI ve SOSYAL DEVLET	171
V. 1982 ANAYASASI YASAMA ORGANI: TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ	195
VI. 1982 ANAYASASI SİYASAL YÜRÜTME (CUMHURBAŞKANI) ve İDARE	227
VII. 1982 ANAYASASI ve ANAYASA YARGISI	257
KAYNAKÇA	279

ÖNSÖZ

Elinizdeki bu kitap, özellikle iktisadi ve idari bilimler fakülteleri bölümü öğrencileri için hazırlanmıştır. Temel amaç, Türkiye’de yetişmiş çok değerli anayasa hukukçuları **Mümtaz Soysal** ve **Yavuz Sabuncu** hocalarımızın geliştirmiş olduğu yöntemi kullanarak, bir yandan devlet, demokrasi, insan hakları, hukuk devleti, laiklik ve sosyal devlet gibi kavramları arkasında yatan nedenlerle birlikte öğretmek diğer yandan da bu kavramlar çerçevesinde 1982 Anayasası’nı anlatmaktır. Benzer biçimde yasama, yürütme ve yargı bölümlerinde devletin temel organları ele alınmıştır. Böylece hem 1982 Anayasası’nın ele alınması hem de temel kavramların anlatılması hedeflenmiştir.

Anayasalar, ister Türkiye’de 1924-1961-1982 anayasalarında olduğu gibi tek metinde yazılı olsun, ister Birleşik Krallık’ta (İngiltere) olduğu gibi farklı düzenlemelerden ve geleneklerin toplamından oluşsun, ülkelerin önemli hukuksal ve siyasal metinleridir. Anayasalar hukuk kuralları hiyerarşisinde en üstte yer alarak, diğer kuralları en azından kendisine aykırı olmasını engelleyerek, etkilemektedir. Ancak anayasaların anlam ve önemi hukuk kuralları hiyerarşisinin çok ötesindedir.

Anayasaların varlık ve gelişmelerinin arkasında yatan, günümüzde hukuk devleti kavramıyla özdeşleştirebileceğimiz, yönetenlerin (devlet iktidarının) sınırlandırılmasıdır. Bu sınırlandırmanın nedeni de vatandaşların hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Bu yüzden, devletin temel organlarının görev ve yetkileri sayılarak belirlenir; yani sınırlandırılmış olur. 1982 Anayasası’nın 11. maddesinde de belirtildiği gibi, hiç kimse anayasada belirtilmeyen bir yetkiyi kullanamaz ve anayasa kuralları herkesi bağlar. Hak ve özgürlüklere de anayasada yer verilerek güvenceye alınmaya çalışılır. Özetle anayasaların anlam ve öneminin hak ve özgürlükleri koruyan en üst kurallar olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Bu amaçla yazılmış olan bu kitabın hazırlanması ve basılması aşamasında katkı veren herkese teşekkür ederiz. Ancak biz bölüm yazarları ve derleyenleri bir araya getiren Kaf Kitap Kafe Yayınları’dan Emrah Tarhan’a özellikle teşekkür ederiz.

İhsan Kamalak ve Fatma Duygu Bozkurt

I. ANAYASA HUKUKUNA GİRİŞ: ANAYASA VE ANAYASACILIK

Veysel DİNLER*

I.1. DEVLET, EGEMENLİK VE EGEMENLİĞİN KAYNAĞI

I.1.1. Devletin Ortaya Çıkışı

İnsanlık tarihinde üretim ve yaşam tarzının değişimiyle toplumsal ve siyasal hayatın yeni baştan şekillenmesini sağlayan üç önemli değişiklikten söz edilebilir. Bunlar tarım devrimi, sanayi devrimi ve milenyumla birlikte içine girdiğimiz bilişim devrimidir. Bugün baktığımızda tarım devrimi ile sanayi devriminin toplumsal ve siyasal sonuçlarını tahlil edebiliyoruz. Çok önemli toplumsal ve siyasal değişimlere yol açacağını düşündüğümüz bilişim devriminin sonuçlarını tam anlamıyla açıklamak için belli bir süreye ihtiyacımız var. Yine de başta sosyal medya olmak üzere, internetin ve hızlı iletişimin, tüketim alışkanlıklarımızı ve hatta oy verme davranışımızı (en azından Z kuşağı adı verilen gençlerin) önemli ölçüde etkilediğini söyleyebiliriz. Toplumsal ve siyasal meseleleri ele alırken, içinde bulunulan dönemin ekonomik ve düşünsel koşullarını dikkate almak gerekir.

Tarım devriminin en önemli sonucu, tarımsal üretime geçenlerin yerleşik bir hayata başlamak mecburiyeti idi. Avcı-toplayıcı dönemde yiyecek bulmak için devamlı hareket halinde olmak zorunda olan insan toplulukları, tarımı keşfettikten sonra belli bir coğrafi alanda sabit kalarak

* Doç.Dr. Hitit Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü. Çorum <https://orcid.org/0000-0003-4678-3138>

ilk kalıcı yerleşim yerlerini oluşturdular. Bu yerleşimler tarımsal üretim için gerekli olan suyun yakınında olan nehir kenarlarındaydı.¹

Mezopotamya'da düzensiz nehirler suyun kullanılmasını zorlaştırıyordu. Bunun için daha organize bir biçimde su kanalları ve bentler yapmak gerekiyordu. Başka bir anlatımla, suyun bol olduğu zamanlar taşkınları önlemek, suyun kıt olacağı zamanlar için barajlar yaparak suyu biriktirmek ve aynı zamanda nehirden uzak yerlere su taşımak zorunluluğu vardı. Böylelikle tarım dışında ortak yarar için birlikte çalışma ihtiyacı doğdu: İş bölümü (Sander, 1995: 22-23). Suların kontrol edilmesi, bunun için mevsimlerin bilinmesi ve hesaplanması gerekiyordu. Bunun için ise tarım dışında bir faaliyete ihtiyaç vardı: Bilim (Sander, 1995: 22-23).

Tarımsal üretimin ortaya çıkardığı bir diğer önemli sonuç, artı ürün idi. Avcı-toplayıcı dönemde buldukları yiyeceklerle hayatlarını günlük/haftalık sürdüren insan toplulukları, çok uzun süre kendilerine ve hatta başkalarına yetecek yiyecek üretebiliyorlardı. Yerleşik hayata geçen çiftçiler, avcı-toplayıcı dönemdeki savaşçıl alışkanlıklarını bırakmışlardır. Uzun vadede kendilerine yetecek yiyecek depolarına sahip olmaları, yerleşik olmayan barbar topluluklarca saldırıya uğramalarına ve mallarının yağmalanmasına sebep olmuştur. İşte burada hem canlarını hem de mallarını koruma ihtiyacı ortaya çıkmıştı: Güvenlik. Askerlikten uzak kalan bu çiftçileri koruyacak bir profesyonel asker gücü gerekliydi. Üstelik geniş ve verimli tarım arazilerinde üretilen tahıllar, tarımsal üretim dışında kalan askerin tarlada çalışmadan beslenmelerini sağlıyordu. Çiftçilerin güvenliklerini sağlamanın bir bedeli olarak onlara veriliyordu: Vergi. Bütün bu geniş iş bölümü ve iş birliği ile birlikte yaşam gereksinimi büyük bir organizasyonu zorunlu kılıyordu. Tarihte ilk kez bu denli büyük ve koordine içinde bir örgütlenme ortaya çıkıyordu: Devlet.²

¹ Uygun, yer yüzünde kurulan ilk devletlerin tablosunu çıkarmıştır. MÖ 3300 Mezopotamya (Fırat-Dicle Havzası), MÖ 3100 Mısır (Nil Havzası), MÖ 2000 Hindistan (İndus Irmağı Vadisi) ve Çin (Sarı Irmak Vadisi), Milat Peru (And Dağlarının eteklerindeki vadiler), MS 300 Orta Amerika (Maya düzlükleri) daima su kenarlarını ve tarımsal faaliyeti işaret etmektedir (Uygun, 2014: 37).

² Devletin ortaya çıkışını tek bir sebebe bağlamak elbette mümkün değildir. Devletin ortaya çıkışı konusunda pek çok sebep sayılabilir. Devletin ortaya çıkışında çoban-çiftçi topluluklar arasındaki çatışma sonucu fethin öne çıktığı savı için bkz. Uygun (2014: 37) ve Şenel (1997: 178).

Devlet kurumu; yerleşik hayat, tarımsal üretim, artı ürün, güvenliğin sağlanması ve bunun karşılığı vergi alınmasının sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Artı ürünle başlayan ticaretin geniş coğrafyaya yayılması, aynı zamanda ticaret yollarının güvenliğinin sağlanmasını gerektirmekteydi. Bütün bu işler geniş bir yönetici-memur kesimi ile onlara bağlı bir askeri gücün oluşmasını sağladı. Böylelikle günümüzden 5500 yıl öncesinde (MÖ 3500) ilk kez Mezopotamya kent devletleri tarih sahnesine çıkmış oldu (Sander, 1995: 23; Şenel, 1997: 198; Eroğul, 2004: 2; Uygun, 2014: 62-63).³

Yaklaşık ellibeş yüzyıldır varlığı bilinen devlet kurumunun, insanlığın tarımı keşfetmesiyle birlikte, yerleşik hayata geçmenin ve artı ürün elde etmenin sonucu olarak, bu iş birliğini yönetmek ve güvenliği sağlamak üzere ortaya çıktığı yukarıda açıklanmıştır. Bu aynı zamanda, yönetici-yönetilen sınıfının oluşması demektir (Şenel, 1997: 198). Devlet kendi sınırları içinde kuralları belirleyen, güvenliği sağlayan ve bunun karşılığı yönetilenlerden vergi toplayan bir kurumsal yapıdır. Mezopotamya'da yahut dünyanın başka yerlerinde hüküm sürmüş devletlerin kuruluşu da aşağı yukarı benzer bir çizgidedir. Bununla birlikte her birinin kuruluş öyküsü farklı olsa bile; büyük bir kitleyi yönetmek isteyen küçük bir grubun büyük kitle üzerine hakimiyet kurması, onların uyacağı kuralları belirlemesi, güvenlik ve adaleti sağlaması ile bütün bunların karşılığında vergi toplaması, bütün devletlerin ortak noktalarıdır.

Devlet kurumu zamanla evrimleşerek bugünkü halini almıştır.⁴ Devletler önce kent devletleri halinde çok sınırlı bir coğrafyada hâkim iken, zamanla fetihlere başlayan krallar küçük devletlerini büyük imparatorluklara dönüştürmüştür. İmparatorluklarda çok geniş coğrafyada farklı dili konuşan insanlar, bir merkezi yönetimin kontrolündedir. Zamanla

³ Kent devletinin en önemli özelliği kentlerde farklı toplumsal kesimlerin oluşmasıdır. Uygun (2014: 62-63) toplumsal kesimleri ona ayırmıştır: 1- Saray ahalisi, 2- Tapınak ahalisi, 3- Büyük toprak sahipleri, 4- Zanaatkarlar, 5- Çiftçiler, 6- Tüccarlar, 7- Serfler (yarı özgürler), 8- Köleler, 9- Köylüler, 10- Çobanlar.

⁴ Bu konuyu Ağaoğulları (Köker, Zabcı ve Ergün ile birlikte) kronolojik olarak altı cilt halinde yayınlamıştır. Konunun ayrıntısı için bkz. Mehmet Ali Ağaoğulları (2020) *Kent Devletinden İmparatorluğa*; Mehmet Ali Ağaoğulları ve Levent Köker (2004) *İmparatorluktan Tanrı Devletine*; M. A. Ağaoğulları ve L. Köker (2013) *Tanrı Devletinden Kral-Devlete*; M. A. Ağaoğulları ve L. Köker (2018) *Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı*; M. A. Ağaoğulları, Filiz Çulha Zabcı ve Reyda Ergün (2005) *Kral-Devletten Ulus-Devlete*; M. A. Ağaoğulları (2020), *Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği*.

imparatorluklar gücünü yitirmiş, parçalanma çok daha küçük sınırlarda, tıpkı kent devletleri gibi bir yönetimi; derebeylikleri ortaya çıkarmıştır. Avrupa'da Ortaçağın büyük bir kısmı feodalite adı verilen, merkezi kontrolün zayıf olduğu derebeylik yönetimiyle ve Katolik Kilisesinin nüfuzu altında geçmiştir. Yeniçağda krallıklar tekrar önem kazanmıştır. Fransız Devrimi sonrası ulus devlet fikri öne çıkmıştır. Ulus devlet, sınırları belirli bir ülke içinde ortak geçmişe ve kültürel değerlere sahip bir ulusun egemen olması fikridir. Günümüzde ulus devlet anlayışı hala geçerliliğini sürdürmekle birlikte, uluslararası hukukta yaşanan gelişmeler ve küreselleşme, ulus devlet fikrini de tartışılır hale getirmiştir.

Modern devletin 15-16. yüzyılda ortaya çıktığı kabul edilir (Kapani, 1997: 39). Başlangıçta kral ile birlikte sınırlı bir din adamı sınıfı, askerler ve kâtiplerden oluşan yönetici kesim yerine, günümüzde devletin faaliyet alanı oldukça artmış ve bürokrasisi çok iyi örgütlenmiştir. Ayrıca devlet kurumu farklı yönleriyle çeşitlenmiş durumdadır. Örneğin devletlerin çoğu yapı itibarıyla tekil (üniter) devlettir. Bununla birlikte, çok sayıda devletin bir araya gelerek oluşturduğu birleşik (federal) devletler de vardır. Devletin ekonomi alanında faaliyetiyle ilgili olarak liberal devlet, sosyal devlet, sosyalist devlet; din ile devlet ilişkisi bakımından teokratik devlet ve seküler devlet anlayışları gelişmiştir. Yine günümüzde yöneten-yönetilen ilişkisi göz önünde bulundurularak devletler demokratik devlet, otoriter devlet, totaliter devletler olarak sınıflandırılır. Devlet başkanlığının bir hanedana bağlı olduğu devletler monarşi (krallık, sultanlık vs); devlet başkanlığının bir hanedana değil, bütün halka ait olduğu devletler cumhuriyet (*res publica*) olarak adlandırılır. Şekli, yapısı ve anlayışı ne olursa olsun, devlet özü itibarıyla, hâkim olduğu sınırlar içinde kuralları koyan, yurttaşların geneli için önemli kararları uygulayan, güvenlik ve adaleti sağlayan ve karşılığında vergi toplayan bir kurumsal yapıyı ifade etmektedir.

İnsanın devletle olan ilişkisi zorunlu bir ilişkidir. Bir devletin sınırları içinde doğduysanız veya bir şekilde herhangi bir devletin sınırları içindeyseniz, onun hukukuna uymak mecburiyetindedir. Bugün açık denizler ile Antarktika dışında devletsiz bir toprak parçası/deniz söz konusu değildir. Başka bir anlatımla, insanların yaşayabileceği her yer bir devlet(ler)in kontrolindedir. Devletler tarafından sahip olunmayan bir

toprak (*terra nullius*) kalmamıştır (Gözler, 2011: 431). Dolayısıyla insanın devlet kurumunun kontrolünden çıkması mümkün değildir. Nitekim bir devletten kaçsanız bile gideceğiniz yer başka bir devletin hakimiyetindedir.

İnsan ile devlet ilişkisi aynı zamanda zora dayalı bir ilişkidir. Mensup olduğunuz ailede belli bir yaşa kadar kalmak zorunda olsanız da belli bir yaştan sonra ailenizden ayrılabilirsiniz. Bir derneğe üye olduğunuzda dernek çalışmalarından gönüllü olarak vazgeçebilirsiniz. Üyesi olduğunuz siyasi partiyi değiştirebilirsiniz. İşinizden istifa edebilirsiniz. Bir dernek ya da partinin üyesine karşı, bir işyerinin çalışanına karşı sınırlı bir yaptırım hakkı vardır. Bu yaptırım sadece o dernek, parti ve işyerinin kurallarına ilişkin olabilir. Buna karşın, devletin insana karşı bir yaptırma gücü vardır. Devlet, buyruklarına uyulmasını sağlamak için fiziksel şiddet dahil pek çok yaptırımı kullanabilir. Max Weber'in tabiriyle devlet şiddet tekelinin sahibidir (Vergin, 2015: 32).

I.1.2. Egemenlik

Devleti oluşturan iki temel unsur, devletin üzerine kurulu bulunduğu toprak parçası olan ülke ile bu ülke üzerinde yaşayan insan topluluğudur (Gözler, 2007: 47). Ancak devletin varlığı için toprak ve insan yeterli değildir. Varsayalım ki; hektarlarca arazisi olan bir çiftlikte binlerce insan yaşasın. Peki bu bir devlet sayılır mı? Binlerce insan bile yaşasa büyük bir çiftliğe devlet denemez. O zaman soru şu değildir: “Devleti devlet yapan şey nedir?” Esasında belli bir toprak parçası üzerinde devlet olmaksızın insanların yaşaması mümkün olmakla birlikte; toprak ve insan unsurlarının varlığı devlet olabilmek için yeterli değildir. İşte devleti devlet yapan şey, kurulu olduğu ülke ve insan topluluğu üzerindeki en üstün emretme gücüdür: Egemenlik (Bodin, 2011: 183).

Egemenlik bir ülke ve ulus üzerinde en üstün emretme gücüdür. Egemen olanın üzerinde, ona emreden, onun tabi olmasını zorunlu kılan kurallar yoktur (Gözler, 2007: 82-83). Egemen olan en üst düzeyde kural koyandır. Egemene emreden veya egemenin uyması gereken kuralları koyan yoktur. Herkesin bir üstünde olan, hiyerarşik düzlemde emir almayan son noktadır. Egemenlik, Fransa krallarının ülke içindeki iktidarlarına karşı rakip tanımadığını, ülke dışında da kendilerinden üstün bir güç tanımadıklarını ifade etmek üzere bir hukuki formül olarak ileri sürülmüştür (Kapani, 1997: 57).

Egemeninin emretme ve tasarrufu sadece insan unsuruna yönelik değil, aynı zamanda ülke üzerindedir. En üstün karar verici olan egemen, yaptığı kanunlar ve aldığı kararlar ile nerenin yerleşim yeri olacağına, nerenin imara açılacağına, hangi ağacın kesileceğine, hangi tarımsal ürünlerin yetiştirileceğine, hangilerinin yetiştirilmeyeceğine, hangi balığın veya hayvanın avlanmayacağına ve aklınıza gelebilecek pek çok şey üzerinde tasarrufta bulunur. İnsanlarla ilgili çok önemli kararlar yine egemen tarafından alınır. Hatta bu doğrudan doğruya insanın doğup doğmamasıyla ilgili olabilir. Çin’de 1979 yılında hızlı nüfus artışını önlemek amacıyla uygulanan tek çocuk politikası sonucu 400 milyondan fazla çocuğun doğumuna izin verilmemiştir (Goodkind, 2017: 1376). Bugün Çin, iki çocuk politikası ile ailelerin ikiden fazla çocuğa sahip olmasına izin vermemektedir. Bazı devletler hamile kadınların belli bir süre içinde kürtaj yaptırmalarına serbestlik tanırken, bazıları kürtajı tamamen yasaklamaktadır. Doğan bir çocuğun hangi aşuları olacağı, ne zaman okula başlayacağı, askere ne zaman ve hangi süreyle gideceği ve aklımıza gelecek pek çok şey devletin koyduğu kurallar çerçevesinde olur. Evliliğin ve boşanmanın kurallarını yine egemen olan devlet belirler. Egemenin hakimiyeti sadece ülke ve ulus değildir. Devletin ülkesine gelecek yabancılar, örneğin hava sahasını kullanacak uçaklar, deniz sahasını kullanacak gemiler, yine egemenin koyacağı kurallara tabidir.

Devletin ülke ve ulus üzerinde böylesine tasarrufta bulunabilmesi için çok iyi örgütlenmesi ve tıpkı bir insan gibi hareket etmesi gerekir. Devlet egemenliğinin içe (ülke içine) yönelik olanına **siyasal iktidar** denir. Siyasal iktidar, yasa yapma organı (parlamento), yürütme gücü (devlet başkanı, başbakan, bakanlar ve idare) ve yargı organı (mahkemeler) şeklinde büyük bir örgütlenmeye sahiptir. Örneğin, eğitim hizmetleri için sadece bir bakanın varlığı yetmez. İllerde ve ilçelerde milli eğitim müdürlüklerinin, bunlara bağlı anaokulu, ilkokul, ortaokul ve liselerin olması gerekir. Sadece binaların varlığı yetmez, her binada eğitim için gerekli teçhizatın bulunması gerekir. Bu da yetmez, her okulda yönetici ve öğretmen kadrosu ile idari işleri sürdürecektir bir memur ve hizmetli kadrosu olmasıyla devletin eğitim görevi ancak yerine getirilebilir. Devletin görevlerini tüm ülke sathında yerine getirmek üzere, yürütme organının altında örgütlenmiş bir idarenin varlığı olmadan çıkarılan kanunların uygulanması, güvenlik ve adaletin sağlanması mümkün değildir. Bu denli

büyük bir örgütlenmenin sonucu olarak devlet bir tüzel kişilik sahibidir. Hatırlanacağı üzere tüzel kişilik, tıpkı gerçek kişilik gibi belli bir amaçla bir araya gelen, hakka ve borca sahip olan, davalı, davacı olabilen mal ve kişi topluluğudur. Siyasal iktidarın tüzel kişilik olmaksızın bütün bu örgütlenmeyi başarması mümkün değildir.

I.1.3. Egemenliğin Kaynağı

En üstün güce sahip olan egemen, bu gücünü nereden almaktadır? Bu soru bize egemenliğin kaynağına götürür. İlk devletler ortaya çıktığında, kimin kral olacağına kim karar vermiş olabilir? İlk devletlerde krallar aynı zamanlarda rahiplerdi. Başka bir anlatımla, yönetici sınıf aynı zamanda din adamı sınıfıydı. Krallar bu görevlerini bizzat tanrıdan aldıklarını iddia ediyorlardı. Örneğin, Babil Kralı Hammurabi'nin kanunlarının yer aldığı *steli* düşünelim. Güneş tanrısı Şamaş, Hammurabi'yi kral olarak seçmekte ve bir eliyle adaletin ve düzenin sembolü olan yüzlü asayı kendisini temsil edecek krala vermektedir. Bu sahnenin hemen altında dünyanın ilk yazılı kanunları olarak bilinen Hammurabi Kanunları yer almaktadır (Köroğlu, 2013: 109). Bu kanunlar esas olarak tanrıların kanunlarıdır ve bu kanunları, tanrıların yeryüzündeki temsilcisi olan Hammurabi onlar adına uygulayacaktır. İlkçağ devletlerinde krallık ve rahiplik, hatta yargıçlık aynı kişide birleşmekteydi. Örneğin, Hitit Devletinde krallar aynı zamanda başrahip ve baş yargıç idi (Eravcı, 2018: 77-78). Hitit krallarının öldüklerinde tanrılaştıkları kabul edilmekteydi (Shwemer, 2020: 226). Mısır kralları firavunlar ise yaşarken tanrılıkla krallığı birleştirmişlerdi. Başka bir anlatımla firavun yeryüzünde görünen tanrı idi. İlk devletlerle başlayan ve egemenliğin kaynağını tanrıya arayan ve yeryüzünün tanrının seçtiği hükümdarlarca yönetildiğini kabul eden bu anlayışa, doğaüstü ilahi egemenlik anlayışı denir (Teziç, 2013: 93-94). Bu anlayış ilkçağ devletlerinin tümünde hâkim olmuştur.

Ortaçağa gelindiğinde egemenliğin tanrısallığı fikrinden vazgeçilmiş değildir. Ortaçağ Batı dünyasının özelliği merkezi imparatorluk ve krallıkların gücünü yitirip, feodal beyliklerin hakimiyet sürmesidir. Bununla birlikte Katolik Kilisesi, bu dönemde ekonomi ve siyasette büyük bir üstünlük içindedir. Tahta geçen Hıristiyan krallar Papa'nın icazetini almak zorundadır. Doğu toplumlarında durum farklı değildir. İslam devletlerinde devlet başkanı aynı zamanda dini otorite olan halifedir.

Halife, Allah'ın elçisi olan peygamberin devlet başkanlığı ve dini liderliğinin temsilcisidir. Kur'an Müslümanlara ülü'l emre itaat etmelerini buyurmaktadır (Nisa, 4/59 ve Nisa 4/86). Yahudi, Hıristiyan, Müslüman yahut başka dinden olsun, Aydınlanma dönemine kadar devlet yöneticilerinin yetkilerinin kaynağı tanrı/din kabul edilmekteydi ve bunun aksi düşünülmemekteydi. Ortaçağda Aquinalı Thomas *nulla potestas nisi a Deo* (Tanrıdan gelmeyen iktidar yoktur) diyerek tanrısal egemenlik anlayışını sürdürmüştür (Teziç, 2013: 95). Bu dönemde ilkçağdan farklı olarak, iktidarın tanrıdan gelmesiyle birlikte, iktidarı kullanacakları halk belirler (*omnis potestas a Deo per populum*) denilmiştir. Bu anlayışa *providansiyel* ilahi egemenlik anlayışı adı verilir (Teziç, 2013: 95).

Batı dünyasında Aydınlanma ile birlikte büyük bir zihinsel dönüşüm yaşanmıştır. Bu dönemin en önemli özelliği dinde (Hıristiyanlık) reform hareketinin yaşanmasıdır. Sosyal, ekonomik ve siyasal hayata egemen olan Kilisenin bu nüfuzu kırılmış ve akılcılık ön plana çıkmıştır. Eski Yunan klasiklerinin dönemin dillerine çevrilmesi Avrupa'da bilim ve felsefe alanında yeniden doğuşu (Rönesans) getirmiştir. Bu zihinsel dönüşümden nasibini devlete bakış ve egemenliğin kaynağı da almıştır. Egemenliğin kaynağının gökyüzündeki tanrıdan alınarak yeryüzündeki insana ait olması gerektiği düşüncesi hayat bulmuştur. 18. yüzyılın sonunda ABD anayasa ve Fransız Devrimleriyle birlikte, egemenliğin beşere ait olduğu düşüncesi pekiştirilmiştir. Halkın yönetime katılması, yönetimi etkilemesi ve katkı sunması olarak tanımlanabilecek demokrasinin yaygınlaşmasıyla tanrısal egemenlik düşüncesi giderek son bulmuş ve demokratik egemenlik düşüncesi dünyada yayılmıştır.⁵

Bugün egemenliğin kaynağının ne olduğu sorusuna cevap vermek kolaydır. Son genel seçimlerde seçilen milletvekilleri parlamento üyesi olarak, ülke için gerekli kanunları çıkarır, seçilen cumhurbaşkanı (veya başbakan ve bakanlar kurulu) ülkenin geneli için politikalar uygular. Yargıçlar ise devletin kanunlarına göre atanarak, bağımsız olarak ihtilafları çözerler. Bugün egemen olan, gücünü ulustan (veya halktan) almaktadır. Türkiye'de 1982 Anayasasının 6. maddesinde veciz "Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir" sözü bunu ifade etmektedir.

⁵ Ayrıntı için bkz. Teziç (2013: 96).

I.2. ANAYASACILIK DÜŞÜNÇESİ

Dünyada devlet kurumu MÖ 3500’lerde ortaya çıktığı halde, ilk defa bir yazılı anayasa 1787 yılında ABD’de yapılmıştır (Gözler, 2011: 131). Devlet bu denli köklü bir kurum iken, nasıl olur da anayasa ancak son iki yüz elli yılın bir ürünü olabilir? Eğer anayasa “bir devletin temel örgütlenme ve yönetim anlayışını belirleyen ilkeler bütünü” olarak anlaşılıyorsa, devlet kurumu ortaya çıktığından beri anayasa vardır. Kent devletleri de dahil olmak üzere pek çok devlet yüzlerce yıl varlığını devam ettirebilmiştir. Bu durumda bu devletlerin birtakım ilkelere bağlı olmadığını söylemek mümkün değildir. Örneğin, Asurlular (MÖ 2025-612) en az bin dört yüz sene varlık göstermiştir. Bu denli uzun yaşayan bir devletin yönetsel ve örgütsel ilkelere sahip olması gerekir. Ancak bugün anladığımız anlamda anayasa salt devletin yönetiminin temel ilkeleri değildir. Modern anlamıyla anayasacılık, bahsedilenin çok ötesinde bir anlam taşımaktadır.⁶

İlk defa 18. yüzyılın sonunda ABD’de bir anayasa yapılmış olmasının birtakım genel ve özel koşulları vardır. Genel koşullar ile; dünyadaki toplumsal, ekonomik, siyasal ve düşünsel ortamın yazılı anayasa yapımına uygun hale gelmesi ifade edilmektedir. Nitekim bu koşullar sayesinde sadece ABD değil, Fransa’dan başlayarak Avrupa’nın pek çok devleti kısa bir süre içinde anayasacılık furyasına katılmıştır. Özel koşullar ise, ilk yazılı anayasanın yapıldığı Kuzey Amerika’daki İngiliz kolonilerinin içinde bulunduğu özel koşullardır.

I.2.1. Avrupa’da Aydınlanma ve Sanayi Devrimi

Dünyada anayasacılık fikrinin ortaya çıkması ve yaygınlaşması açısından genel koşullar içinde pek çok konu sayılabilir. Öncelikle coğrafi keşifler sonrası, Avrupa yeni kıtayı (Amerika) keşfetmiştir. Teknolojik olarak görece daha zayıf olan Amerika yerli toplumlarını çok kolay bir şekilde boyunduruk altına alarak, bu kıtayı kolonileştirmiş (sömürgeleştirme) ve buradaki önemli kaynakları (maden, kereste, bitki türleri ve ürünleri vs) Avrupa kıtasına taşımışlardır.

Avrupa’da bu dönemde yaşanan iki teknolojik gelişme ile Batı Avrupa bugün de devam eden teknoloji üstünlüğüne kavuşmuştur.

⁶ Erdoğan (2017: 2) anayasanın üç anlamından söz eder: 1- Bir ülkedeki üstün hukuk gücüne sahip olan bir metin, 2- Bir ülkede belli bir andaki fiili devlet sistemi (yaşayan anayasa), 3- Devleti sınırlama düşüncesi.

Bunlardan ilki matbaanın icadı ve yaygınlaştırılması; ikincisi ise buhar makinasının icadıdır. Matbaa, çok önceki dönemlerde Uzakdoğu'da ve İslam coğrafyasında kullanılmış olsa bile, metal baskı araçları kullanılarak kitapların basılması 15. yüzyıl Almanya'sında gerçekleşmiştir. Matbaanın yayılması aynı zamanda ucuz kitap üretimi, bilginin hızlı ve yaygın paylaşımı anlamına gelmekteydi. Rönesans ve dinde reform düşüncesinin hızlanması yanında, bilim ve sanatın gelişmesinde çok önemli katkısı olmuştur.

Avrupa'yı asıl zengin kılan ikinci gelişme, buhar gücünün fabrikasyon üretim için kullanılmasıdır. Buharın gücü M.S. 1. yüzyıldan itibaren bilinmekteydi. Buharın bir makine şeklinde hareket gücünden faydalanılması 17. ve 18. yüzyılda gerçekleşti. Buhar makinesi aynı zamanda gemi ve tren yapımında da kullanılarak ulaşımı hızlandırdı. Amerika kıtasından taşınan hammadde ile birlikte üretim patlaması yaşandı. Feodalizmin sonlarına doğru Avrupa'da kapital birikiminin başlaması, toprak sahibi olma düşüncesini geride bırakmış ve kentlerdeki tüccar sınıfını (burjuvazi) öne çıkarmıştı. Sanayi devriminin gerçekleşmesiyle kentler büyümüş, ticaret ağı çok genişlemiştir. Bu dönemde tüccar sınıfının toplumsal ve siyasal etkisi büyük ölçüde artmıştır. Tüccarların zenginleşmesi ile liberal ekonominin temel sloganı *laissez faire laissez passer* (bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler) görüşü benimsenmiştir. Avrupa'da serbest dolaşım imkânı bulan tüccarlar, toplumsal ve siyasal dönüşümünü hızlandırmıştır.

Burjuvazinin anayasacılığın temellendirilmesine iki önemli katkısı olmuştur. Birincisi "hukuk güvenliği" ilkesinin yerleşmesidir. Serbest piyasa ancak insanların hukuken güvencede olduğu bir ortamda gelişebilir. İnsanlar hukuken güvenceli bulmadıkları bir ortamda yatırım ve birikim yapmaktan kaçınırlar. Bu sebeple, yargısal güvence ile desteklenen yasal düzenlemelerin olduğu bir ortam burjuvazi için olmazsa olmazdı. İkincisi ise, yönetime katılma talebidir. Burjuvazi sermayeyi elinde bulunduran bir sınıf olarak sadece yönetilen değil, aynı zamanda yönetime katılan olmak istedi. Dünyada temsili demokrasinin gelişimi burjuvazinin bu talepleriyle ortaya çıktı. Sanayi devrimiyle birlikte ortaya çıkan yeni bir toplumsal sınıf olan işçi sınıfı da 19. yüzyılın ortalarında güçlenerek, yönetime katılma hakkını elde edecekti.

Avrupa'da keşifler ve sanayileşmeyle maddi bir zenginleşme yaşanırken, Rönesans (yeniden doğuş) adını verecekleri bir dönem başlayacak ve bu dönem Avrupa'yı bilim, felsefe ve sanatta çok ileri götürecektir. Burada zenginleşmenin yeni bir grubu ortaya çıkardığını ve Avrupa'nın kültürel gelişimini bu gruba borçlu olduğunu unutmamak gerek. Tıpkı tarım devriminde artı ürünle; kral, din adamları, kâtip ve askerlerden oluşan yönetici sınıfın ortaya çıkması gibi. Benzer bir dönüşüm köleci bir üretim düzenine sahip İyon-Yunan dünyasında ortaya çıkmıştır. Köleler onlar adına üretirken, zengin Yunan yurttaşları felsefe, bilim ve estetikle ilgilenmiştir. M.Ö. 300'lerde Yunan toplumu kurduğu kent devletlerinde (*polis*) kendine uygulanacak yasaları tartışabilecek entelektüel bir birikime sahip olacaktır. Bunun benzeri Roma'da görülecektir. Nitekim kültürel zenginliğin maddi zenginliğe bağlı olduğunu unutmamak gerekir.

Avrupa'da bilimsel ve kültürel gelişmeler 16. yüzyılın sonlarında din (Hıristiyanlık) ile ilgili bazı sorgulamaları da beraberinde getirdi. İmparatorlukların çöküşünden sonra Avrupa uzunca bir süre toparlanamamış, güçlü merkezi krallıklar kurulamamıştı. Feodal dönemde Papalık aynı zamanda büyük bir siyasi güç elde etmişti. Adeta dini bir totaliterlik bütün orta çağa hâkim olmuştur. Din adına sağlanan bu maddi ve siyasi güç karşısında Martin Luther öncülüğünde Protestanlık hareketi başlatılarak, Papalığı reddeden geniş bir kitle oluşmuştur. Karanlık döneme karşı bir aydınlık hareketi olduğu için, dinde reform aynı zamanda Aydınlanma (*Enlightment*) olarak adlandırılır. Dinî olan pek çok şeyin yerini beşerî olan almıştır. Dolayısıyla artık egemenlik tanrısal bir iradenin değil, beşerî bir iradenin sonucu olmalıydı.

İşte bütün bunlar yazılı anayasaların ortaya çıkış aşamalarıdır. Bir şey sadece düşüncenin ürünü olarak ortaya çıkmaz. Bir icat yapılırsa bile, onun için diğer koşulların da hazır olması gerekir. Örneğin telefonu ele alalım. Sıradan insanların telefonu kullanmaya başlamaları, onun icadından onlarca yıl sonradır. Sesin bir makine aracılığıyla uzağa aktarılabilmesini bulmak, telefon düşüncesinin kabulü ve yaygınlığı için yetmez. Bu makinelerin seri bir şekilde üretilmesi, telefon hatları ve santralleri ile bunu işletecek enerji kaynağı ve insan gücü gerekir. Daha da önemlisi insanların telefon makinesini ihtiyaç hissedip talep etmeleri gerekir. İnsanlık tarihinde anayasa meselesi de bu şekildedir. Yazılı bir anayasanın varlığı için öncelikle bunun altyapısının olması gerekirdi.

I.2.2. Amerika Birleşik Devletleri'nin Kuruluşu ve Anayasa Devrimi

Amerika kıtası 15. yüzyılın sonlarında keşfedildikten sonra, kıtanın orta ve güney kısmı tamamen İspanyol kolonisi haline getirilmiştir. Bugünkü Brezilya ise Portekiz kolonisi olmuştur. Amerika'nın kuzeyine ise İngilizler hâkim olmuştur. İngilizlerin kurdukları 13 koloni, İngiliz kralı adına Amerika kıtasının kuzey doğusuna hâkim olmuş ve bu bölgenin sömürgeleştirilmesi için çalışmış ve İngiltere'ye vergi ödemiştir. Köklü İngiliz devlet geleneğinin sonucu olarak bu koloniler çok başarılı bürokratik yapılar oluşturmuş ve güçlü bir ordu kurmuştur.

İngiliz kolonilerinin hâkim oldukları bölgede zamanla nüfus artmış, tarım ve sanayi gelişmiştir. İngiltere'ye vergi veren bu ahali, İngiltere parlamentosunda temsil hakkı istemiştir. İngiltere kralının bu talebi geri çevirmesi üzerine koloniler bağımsızlıklarını ilan etmeyi kararlaştırmıştır. 1775-1783 yılları arasında süren, önce iç savaş olarak başlayan ve sonrasında bağımsızlık savaşına dönüşen savaşlar neticesinde koloniler bağımsızlıklarını ilan etmişlerdir. Burada temel düstur *no taxation without representation* (temsil yoksa vergi de yoktur) (Taşdöğen, 2021/2: 120) olmuştur. Nitekim bir devlet ile yurttaş arasındaki en önemli bağ vergidir. Vergisini veren yurttaş aynı zamanda yönetime katılmak ve temsil edilmek ister. Amerikan filmlerinde sıkça rastladığımız “ben vergisini veren bir yurttaşım” (*I am a taxpayer*) sözü sadece laftan ibaret değildir.

Vergi ve Anayasacılık İlişkisi

Vergi ve anayasacılık ilişkisi daha önce kendini *Magna Carta Libertatum* ilanında göstermişti. 1215 yılında İngiltere Kralı Yurtsuz John danışma meclisi olan Magnum Concilium'a danışmaksızın Fransa'ya savaş ilan etmiş ve bunun için yüksek vergi salmıştır. Durumdan rahatsız olan İngiliz feodal beyleri krala karşı çıkmış ve onu Magna Carta Libertatum'u imzalamaya ikna etmişlerdir (Metin, 2018: 53-55). Buna göre kral Magnum Councilum'a danışmadan vergi koyamayacaktır (Metin, 2018: 134-136). Kral tebasına bazı haklar tanıyacaktır.⁷ Bu misak 13. yüzyıl Avrupası açısından olağanüstü bir gelişmedir.

Kendilerine ileride Kurucu Baba denilecek, her koloniden farklı sayıda temsilciden oluşan toplam 55 kişilik kurul (Anayasa Konvansiyonu) 14 Mayıs 1787 tarihinde Philadelphia'da bir araya gelerek yeni devletin

⁷ Magna Carta'nın içeriği hakkında ayrıntı bkz. Metin (2018: 57-137).

hangi ilkeler üzerine kurulacağı üzerine günlerce süren tartışmalar yapmışlardır (<https://tr.usembassy.gov>). Toplantının amacı esas olarak konfederasyon maddelerini tartışmaktı. Ancak bu toplantı bir anayasa yapımına dönüşmüştür. Bu tartışmaların en önemli kısmını kurulacak devletin bir federasyon mu, yoksa konfederasyon mu olacağı oluşturmaktaydı (Russel, 2016: 613). Uzun tartışmaların ardından o gün 13 'eyaletten' oluşan bir federal devletin kurulmasına karar verildi. Bugün ABD 50 'eyaletten' (federe devlet) teşekkül bir federal devlettir.

Kuruluş toplantısındaki diğer önemli konu ise, devletin hangi ilkeler üzerine kurulacağı ve devlet kuvvetlerinin nasıl konumlanacağı idi. İngiltere'de yüzlerce yıldır bir birikimin sonucu kurumsallaşmış ve yasaları yapan bir parlamento vardı. Bu parlamentonun aynısını kurmak son derece makuldü. Halkın oyuyla seçilen, onları temsil eden bir Temsilciler Meclisi kurmak gerekiyordu. İngiltere parlamentosunun üst meclisi olan Lordlar Kamarası yerine, doğrudan halkı değil, ancak federe devletlerin tüzel kişiliğini temsil eden senatörlerin oluşturacağı bir senato kurmakla yasama yetkisi, Kongre adını verdikleri iki kanatlı bir parlamentoya verilmiş oldu. Yargı görevi ise, bağımsız mahkemelerce yerine getiriliyordu.

İngiliz modelinden farklı olarak, yeni devletin kuruluşunda asıl sorun kimin yürütme gücünü kullanacağı ve devleti temsil edeceği idi. Yeni devlet bir hanedanın değil, halkın egemen olduğu bir cumhuriyet olacaktı. Bu sebeple bu devleti bir hanedanın mensubu krallar değil, seçimle işbaşına gelen ve görev süresi sınırlı bir devlet başkanı yönetmeliydi. İngiliz parlamenter sistemindeki (yürütmenin iki başlı oluşundan kaynaklı) hantallığı da dikkate alarak krallık (devlet başkanlığı) ile başbakanlığı bir başkada birleştirme yoluna gitmişlerdir. Devletin ve yürütmenin başı olacak başkan, yetkisini parlamentodan değil, doğrudan doğruya halktan almalıydı. Böylelikle ABD'de yürütme çok hızlı hareket edebilecek, yürütmenin göreve gelmesi için güvenoyuna ihtiyaç duyulmayacaktı. Ayrıca devlet başkanı parlamentoyu feshedemeyecek, parlamento da başkanı görevden almayı gerektirecek ağır bir suç işlemediği müddetçe (siyaseten) görevden alamayacaktı.⁸ Böylelikle yeni kurgulanan devlet ile birlikte, teorik olarak çok iyi işleyecek yeni bir hükümet modeli olan başkanlık hükümet sistemi (*presidential system*) kurulmuştur.

⁸ Başkanlık sistemiyle ilgili bkz. Gözler (2011: 571).

Amerika'da konfedere bir devlet kurmak üzere 14 Mayıs 1787'de Philedelphia'da 55 delegeyle toplanan konvansiyon görüşmeleri, bir federal devletin anayasasını hazırlamakla son bulmuştur. Hazırlanan anayasa metni (bugünkü ABD Anayasasının ilk 7 maddesi) delegelerden 39'unun 17 Eylül 1787 tarihinde imzalamasıyla üye (federe) devletlerin (koloniler) onayına açıldı. ABD Federal Anayasası 1788'in ortalarına kadar (iki koloni hariç) onbir koloni tarafından onaylandı (<https://tr.usembassy.gov>). 1789 yılının mart ayında ABD Kongresi ilk toplantısını yaptı. 1789 yılının Şubat ayında başkan seçilen George Washington Mayıs ayında ABD'nin ilk devlet başkanı olarak göreve başladı. Böylelikle ABD bir anayasa ile kurulan ilk devlet olarak adeta bir anayasa devrimi gerçekleştirmiş oldu (<https://tr.usembassy.gov>).

**KENDİNİ KRAL İLAN EDEN SEÇİLMİŞLER:
FRANSA'NIN BONAPARTE(LAR) SORUNU**

ABD'de seçilen başkanın bir gün yasaları tanımayıp, her şeyi kontrolüne alıp, kendini kral ilan etmeyeceği ne malumdu? Nitekim bu endişenin haklılığını Fransa tarihi bize göstermiştir. Fransız Devriminden sonra krallık yıkılmış ve cumhuriyet ilan edilmişti. Bir süre yaşanan bocalamadan sonra kurulan direktuar rejimine, 1799 yılında 18 Brumaire Darbesi adı verilen kansız bir darbe ile son verilmiş ve General Napolyon Bonaparte (Napoléon Bonaparte) öncülüğünde konsüllük rejimi kurulmuştur. Bonaparte birinci konsül olmuştur. Napolyon Bonaparte yetkilerini kademeli olarak artırarak 1804 yılında Fransa Senatosu tarafından imparator ilan edilmiştir⁹.

Benzer bir olay Fransa'da ikinci kez, aynı adı taşıyan III. Napolyon'un 1848 yılında 2. Fransız Cumhuriyetinin ilk cumhurbaşkanı seçilmesiyle yaşanmış; Cumhurbaşkanlığı 1852 yılında son bulan III. Napolyon (Charles Louis Napoléon Bonaparte) yaptığı darbeye cumhuriyete son vermiş (Şirin ve Duymaz, 2021:33) ve 1870 yılına kadar süren imparatorluğunu ilan etmiştir.

I.2.3. Anayasal İlkeler ve Anayasacılığın Amacı

ABD Anayasası iki temel ilke üzerine kuruludur: (i) Sınırlı hükümet (*limited government*), (ii) kendi kaderini tayin hakkı (*self determination*) (Patterson, 2005: 38). Bu iki temel ilkeyi liberalizm ile birlikte düşünmek gerekir. Amerika'da başlangıcından beri hâkim olan liberal ideoloji, minimal devleti savunmaktadır. Başka bir anlatımla, devlet sadece güvenlik

⁹ Bu konu için bkz. Tolga Şirin ve Erkan Duymaz (2021: 32).

ve adaleti sağlamakla yükümlü olmalı, adeta bekçi görevi görmelidir. Eğitim ve sağlık da dahil olmak üzere, her türlü faaliyet özel sektör tarafından serbest piyasa koşullarında yerine getirilmelidir. Devletin ekonomiye müdahale etmediği bu jandarma devlet anlayışı, zaman zaman ekonomik buhranlarla kırılmış olsa da bugüne kadar uygulanan hâkim anlayış olmuştur. Öte yandan özgürlükçülük anlamında liberalizm, ABD'nin kültürel ve entelektüel bakımından gelişmesine önemli bir katkı sağlamıştır.

Sınırlı hükümet, binlerce yıldır süre gelen “kadiri mutlak” devlet görüşünün karşısında, kuvvetler ayrılığı fikriyle birlikte yapılan bir formülasyondur. Egemenliğin kaynağının tanrıya dayandığı bir ortamda, tanrı adına devlet yetkilerini kullananların sınırlanabileceğini düşünmek mümkün değildir. Tanrı, kadiri mutlak bir yaratıcı ise, onun adına yetki kullanan dünyevi yönetici olan kralların da kadiri mutlak olduğunu düşünmek gerekir. Kral sınırsız bir yetkinin sahibidir ve krallar asla yanlış yapmaz (*king do no wrong*) (Gözler, 2011: 377).

Aydınlanmayla birlikte John Locke ve Montesquieu devletin işlevlerinin ne olduğu üzerine düşünceler geliştirmişlerdir. Locke'un devlet yetkilerinin ayrı ellerde toplanması görüşünü Fransız Montesquieu geliştirerek bugün kabul ettiğimiz kuvvetler ayrılığı görüşünün temellerini atmıştır. Montesquieu, İran, Rusya, Osmanlı, Polonya, İtalya, İsviçre, İngiltere, İspanya ve Peru gibi pek çok ülkenin yönetimini karşılaştırmalı olarak incelemiştir. Kuvvetin tek elde toplandığı, kralın/sultanın her şeyi yapabildiği toplumlarda, despotizm olduğundan bahsederek, devletin üç işlevinin farklı ellerde toplanması gerektiğini ileri sürmüştür.¹⁰ Madison *Federalist Yazılarda* hükümetleri kontrol etme gereğini şöyle açıklamıştır:

“Eğer insanlar melek olsalardı, hükümet gerekli olmazdı. Eğer melekler insanları yönetecek olsalardı, hükümet üzerinde ne dahili ne de harici kontroller gerekli olurdu. İnsanların insanlar üzerinde uygulayacağı bir hükümeti tasarlamaktaki büyük güçlük şurada yatar: önce hükümetin yönetilenleri kontrol etmesine mutlaka olanak vermelisin ve ikinci sırada kendisini kontrol etmeye mecbur etmelisin.” (Ball, 2003'ten aktaran Çelik Russell, 2016: 626).

¹⁰ Montesquieu bu sonuçlara “İngiliz Anayasası Üzerine” başlıklı yazısında varmıştır. Ayrıntı için bkz. Montesquieu (2011: 170).

Siyasal iktidar nasıl sınırlandırılabilir? ABD Anayasasının temelini oluşturan sınırlı hükümet fikri, temellerini kuvvetler ayrılığından almaktadır. Siyasal iktidarın sınırlandırılması öncelikle devlet gücünün “kuvvetler ayrılığı” şeklinde örgütlenmesiyle olabilir. Bu sözde bir paylaşım değil, devlet organlarının birinin diğeri üzerinde denetimini sağlayacak dengeli bir dağılım şeklindedir. ABD’de buna fren ve denge sistemi (*check and balance*) denir (Patterson, 2005: 54). Bu sayede hiçbir organ diğelerini saf dışı bırakarak, tüm devlet yetkilerini ele geçiremez ve hukukun dışına çıkamaz.

Sınırlı hükümet yaratmanın bir diğeri yolu da yetkileri tek tek saymaktır. Şöyle ki; “özgürlük esas, yetki istisna” prensibince yasama, yürütme ve yargı organının görev ve yetkilerini tek tek sayarak bu organları sınırlandırmak mümkündür. Örneğin, anayasada yürütme organına tanınan onbeş yetki olsun. Bu yetkiler ne kadar geniş olursa olsun, onaltıncı yetki yok demektir. Sınırlı sayma yolu (*numerus clausus*) iktidarı sınırlandırmanın bir başka yöntemidir.

Kendi kaderini tayin hakkı (*self-determination*) temsili demokrasi, yurttaşların kanun yapıcıları ve yöneticileri seçimler yoluyla belirlemesi esasına dayanır. Geniş anlamda self-determinasyon kişinin siyasal tercihte bulunabilmesi demektir. Bu kavram aynı zamanda üye (federe) devlet halklarının istedikleri zaman bağımsızlığını talep edebilecekleri anlamına da gelmektedir.

1787 yılında ABD’de anayasayı onaylamayan iki devletin (Rhode Island ve Kuzey Carolina) gerekçesi, anayasanın hak ve özgürlükler içermemesi idi. Bu devletler, hak ve özgürlükler anayasaya eklendiğinde anayasayı onaylayacaklarını taahhüt etmişti (<https://tr.usembassy.gov>). Hak ve özgürlük bildirgeleri eskiden beri İngilizlerce bilinmekteydi. 1215 Magna Carta Libertatum, 1628 *Petition of Rights* ve 1669 *Bill of Rights* İngilizler açısından önemli birikimlerdi.¹¹ 1776 yılında henüz Amerikan bağımsızlık savaşı sırasında *Virginia Haklar Bildirgesi* yayınlanmıştı. 1789 Ağustos’unda Fransız Devriminin hemen ardından Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi yayınlanmıştı. 15 Aralık 1791’de ABD Anayasasının 7 maddelik ana metnine ek olarak 10 maddelik Haklar Bildirgesi (*Bill of*

¹¹ Bu belgelerin içeriği için bkz. Gözler (2011: 746-752).

Rights) eklenmiştir (Patterson, 2005: 56-57; <https://tr.usembassy.gov>). Tarihsel ve toplumsal gelişmelere koşut olarak, pek çoğu hak ve özgürlükleri garanti altına alan onyedinci madde daha eklenmiştir.

Amerikan anayasa devrimi ışığında anayasacılık, siyasal iktidarı sınırlandırmak ve hak ve özgürlükleri güvence altına almak üzere, hukuk düzeninde, kolay değiştirilemeyen ve herkes için bağlayıcı en üstün norm getirme işidir. Amaç iktidarı sınırlayarak, hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamaktır. Devletin gücünü belli bir süreliğine kullanma yetkisi elde etmiş parlamentonun veya devlet başkanının kurulan sistemi, tek başına tümünden değiştirmesine izin verilmemelidir. Bunun için en doğru yol, herkesin ve her kurumun uyacağı ve kolay değiştirilemeyecek bir üstün norm yapmaktır. Dünyada anayasa adıyla üstün bir norm hazırlama fikri (anayasa devrimi) böylece doğmuştur.

Hak ve özgürlükler ile iktidar arasında ters bir orantı vardır. Yukarıda izah edildiği üzere otorite; emretme, yaptırma gücüdür. Özgürlük ise tam tersi, bir şey yapıp yapmama serbestisi, bir şey yapmaya zorlanmamaktır. Devlet organ ve idareleri ne kadar yetki sahibiyse, bireyler üzerinde o kadar emretme, yaptırma gücüne sahip demektir. Bu sebeple özgürlükler ile yetkiler arasında bir denge olmalıdır. Ancak temel kural unutulmamalıdır ki; özgürlük esastır yetki istisnadır. Başka bir anlatımla, özgürlüklerin anayasa veya yasalarda yazmasına gerek yoktur. Ancak özgürlüğün olmadığı şeyler, yani yasaklar düzenlemeli, yazılmalıdır. Yasak olmayan her şey serbesttir.¹²

Peki anayasalar hak ve özgürlükleri nasıl garanti altına alır? Öncelikle hak ve özgürlüklere anayasalarda yer vermekle bireyler, herkes için bağlayıcı en üstün norm olarak hak ve özgürlüklerini bilmiş olurlar. Aynı zamanda hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandıracağı veya hangi durumlarda kaldırılacağı anayasalarda sıkı kurallara bağlanır. Böylelikle, anayasalarda tanınan hak ve özgürlüklere keyfiyet ile müdahale edilmesinin önüne geçilir. Anayasalarda hak arama özgürlüğü ve hakların ihlali halinde nasıl korunacağı da düzenlenir. Böylelikle hak ve özgürlükleri tanıyan bir anayasaya sahip toplumda, anayasanın uygulanacağı varsayıldığında, hak ve özgürlükler korunacaktır.

¹² “Hürriyet karinesi”nin sonuçları için bkz. Gözler (2017: 146).

Sonuç olarak, anayasacılık önce 18. yüzyılın sonlarında ABD ve Fransa’da başlamış; 19. yüzyılın başlarından itibaren batı Avrupa ve İskandinav ülkelerine yayılmıştır. O dönemki devletler dünyada yayılan anayasacılık akımının etkisiyle, anayasa yapmaya koyulmuşlardır. Norveç, İsveç, İsviçre, Hollanda, Belçika, İspanya, Almanya, İtalya, Romanya, Yunanistan’ı takiben Osmanlı Devleti de 1876 yılında bir anayasa yaparak yürürlüğe koymuştur.¹³ Anayasacılık, imparatorlukların son bulduğu ve pek çok yeni devletin ortaya çıktığı 1918’den itibaren yeni bir anlam kazanmıştır. 20. yüzyılda savaşlar sonrası ortaya çıkan yeni devletler ile sömürge düzeninden kurtularak bağımsızlığına kavuşan devletlerin istisnasız hepsi ilk olarak bir anayasa yapma yoluna gitmiştir. Uluslararası hukuk bakımından böyle zorunluluk olmasa da bir anayasanın varlığı, adeta bir devletin bağımsızlığının sembolü, bir kurucu belgesi olarak görülmeye başlanmıştır. Günümüzde yeni kurulan bir devletin ilk işi bir anayasa yapmaktır.

I.3. ANAYASA KAVRAMI

I.3.1. Anayasanın Anlamı

Anayasa sözcüğünün etimolojisi, anayasa kavramının anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Anayasa, ana+yasa olmak üzere iki sözcükten oluşan bir bileşik sözcüktür. Yasanın norm anlamına geldiği herkesçe malumdur. Ana ise temel, en başta olan anlamına gelmektedir. Yoksa yasaların anası, yasaları doğuran, yasaların kaynaklandığı bir memba anlamında değildir. Anayasa tabiri Türkçede 1945 yılından beri kullanılmaktadır. Öncesinde “esas teşkilat kanunu”, “teşkilatı esasiye kanunu”, “kanuni esasi” gibi tamlamalar kullanılmıştır.¹⁴ Hepsi de devletin temel ilkelerini belirleyen üst normu ifade etmektedir. Batı dillerinde anayasanın karşılığı olan *constitution*, kurucu belge anlamındadır. Anayasa bir devletin yönetimine hâkim olan temel ilkeleri düzenleyen, hukuk düzenindeki en üstün normdur. Anayasa koyucu, yapmakta olduğu anayasada yer alması gerektiğini düşündüğü kuralları bir araya getirerek bunu yazılı bir metne dönüştürür.

¹³ Devletlerin ilk anayasa yaptıkları tarihler için bkz. Gözler (2011: 101-102).

¹⁴ Anayasa terminolojisi ile ilgili ayrıntı için bkz. Gözler (2011: 25-28).

Anayasa hukuku kitaplarında **yazılı anayasa** ve **yazısız anayasa** ayrımı yapmak âdettendir (Wheare, 1984: 19). Bununla birlikte, şu an üzerinde konuştuğumuz mesele, modern çağa ait yazılı bir anayasadır. Yazılı-yazısız anayasa ayrımını daha iyi anlamak için bazı yazarların başvurdukları **maddi anayasa** ve **şekli anayasa** ayrımını görmekte yarar vardır.

Şekli anayasa, belli bir tarihte bir devlette anayasa olarak kabul edilen ve uygulanan yazılı metindir. Yani bizim bildiğimiz, elimizle tuttuğumuz, maddelerini okuduğumuz anayasa metnidir (Gözler, 2011: 101-102).

Bir siyasal düzenin işleminde anayasa tek başına yeterli bir metin değildir. Anayasa dışında, siyasi partiler kanunu, seçim kanunu, anayasa mahkemesi kanunu, parlamento iç tüzüğü gibi doğrudan doğruya anayasal meselelere ilişkin kanunlar ile anayasa mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi ulusal ve uluslararası mahkeme içtihatları, anayasa hukuku alanında çalışan bilim insanlarının görüşleri ve anayasal teamüller, anayasa hukuku problemlerin çözümünde kullanılır.

Maddi anayasa olarak ifade edilen şey, anayasa hukuku problemlerinin çözümünde kullanılan anayasa ve yasalar dahil, içtihat, doktrin ve teamüllerin tamamıdır. Bununla birlikte, anayasa hükmü olsa dahi bir anayasal meselesinin dışında kalan anayasa maddeleri maddi anayasanın dışında kabul edilmektedir. Örneğin, Brezilya Anayasasındaki petrolle ilgili hükümler,¹⁵ ne devlet yönetimine hâkim ilke oluşu ne iktidarı sınırlaması ne de hak ve özgürlükleri koruması bakımından anlamlı değildir. Bu sebeple, orman, petrol, kasaplık hayvanlarla ilgili anayasa hükümleri, bizzat anayasanın içinde yer alsın bile maddi anayasanın dışında kabul edilmektedir. Anayasal bir mesele ile ilgili olmasın bile, anayasa hükmü daima hukuk düzeninde üstün normdur ve anayasal bir meseleyle ilgili bir kanunla çatıştığında, anayasa hükmü geçerlidir. Bu sebeple şekli anayasa-maddi anayasa tartışmasını gereksiz buluyoruz (Gözler, 2011: 107-109). Maddi anayasa adı verilen, esas itibarıyla anayasa hukukunun inceleme konusudur. Bu sebeple yalın halde “anayasa” sözcüğünü kullandığımızda “şekli anayasa” anlaşılmalıdır.

¹⁵ Bu konuda daha fazla örnek için bkz. Bertil Emrah Oder ve Osman Korkut Kanadoğlu, (2008: 1).

Günümüzde devletlerin hemen hepsi yazılı bir anayasaya sahiptir. Yazılı anayasaların birkaç istisnası dışında tümü tek metinde toplanmıştır. Kanada Anayasası üç temel yasadandır oluşur. İsrail Anayasası ise on temel metinde toplanmıştır (Gözler, 2011: 115). Yazılı bir anayasaya sahip olmayanlar çok istisnadır. Örneğin, Birleşik Krallıkta (İngiltere) anayasa adıyla bir metin yoktur. Ancak anayasal kuralları belirleyen çok sayıda kanun ve teamül vardır. Anayasal kurallar yüzyıllardır ihlal edilmeksizin uygulanagelmıştır. Bu yönüyle “İngiltere’nin bir anayasası yoktur” ifadesi doğru bir ifade değildir. Doğrusu “İngiltere’nin anayasası yazılı bir metinde toplanmamıştır”. 1215 Magna Carta Libertatum tecrübesi yaşamış, modern parlamento anlayışının örneğini dünyaya kazandırmış, Haklar Dilekçesi, Haklar Bildirgesi, *Habeas Corpus* gibi temel hak ve özgürlüklere ilişkin belgelere sahip, veraset kuralları ve parlamentoya özgü yasaları olan ve en önemlisi parlamenter sistemde dünyaya örnek olmuş bir devletin anayasası olmadığını söylemek fazlaca iddialıdır. Yazılı anayasası olmayan ancak önemli bir anayasal geçmişe sahip bu devletlerin **teamülf** (geniş anlamda) bir anayasaya sahip olduğu ifade edilir.¹⁶ İngiltere’nin kodifiye edilmemiş (yazılı bir metinde toplanmamış) bir anayasayı tercih etmesi, yüzyıllardır benimsenen **parlamentonun üstünlüğü** ilkesine dayanır. Bu düşünce, hukuk düzeninin mahkeme içtihatlarıyla (*case law*) gelişmesine imkân veren *common law* hukuk anlayışına çok uygundur. Üstün bir norm ihdas ederek, parlamento kanun yapımında sınırlanamamak amaçlanmaktadır. Başka bir deyişle parlamentonun yaptığı her yasa bir anayasa gibidir. Bu durum aynı zamanda kanunların anayasa uygunluk denetimi olan anayasa yargısını da reddetmektedir.

Yazılı anayasaya sahip devletlerin sadece şekli bir anayasaya sahip oldukları, anayasal problemlerin çözümünde sadece şekli anayasa kurallarının uygulandığı zannedilmemelidir. Hukuk düzeninde her kural yazılı olmayabilir. Bir toplumda belli konular için onlarca yıldır uygulanagelen örf ve adete başvurulabilir. Kimi zaman kanun koyucunun yetersiz kaldığı durumlarda hukuki ihtilafın çözümünde örf ve âdet hukukundan yararlanılır. Aynı zamanda belli bir konuda uzun zamandır uygulanagelen teamüller oluşabilir. Söz konusu anayasa hukuku olduğunda da meselelerin çözümü için teamüllere başvurulur. Örneğin, Türkiye’de

¹⁶ Bu konuda tartışma için bkz. Gözler (2011: 110-115).

2017 anayasa değişiklikleri öncesinde, TBMM’de en çok üyesi bulunan partinin genel başkanının başbakan olarak görevlendirileceği bir teamül idi. Onlarca yıl uygulanan parlamenter sistemde bu hep böyle olmuştu. İşte teamüller yazılı olmasa bile, yazılı anayasaya sahip devletlerde de uygulanır.

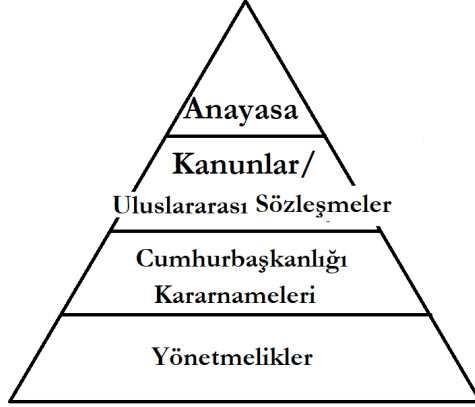
Anayasa şekil itibariyle bir kanundan farksızdır. Anayasa da tıpkı kanunlar gibi maddelerden oluşur. Elbette bu maddeler karmakarışık ve gelişi güzel değil; belli bir sistematik içindedir. Bu sebeple anayasalar kısım ve bölümlere ayrılmıştır. Maddeler genellikle genelden özele doğru düzenlenir. Öğrencilerin çok sıklıkla yaptığı bir yanlışı belirtmeden geçmemek lazım. Anayasa hukuku dersi alan öğrenciler “Anayasadaki kanunlar” tabirini sıklıkla kullanır. Oysa anayasa kanunlardan değil, maddelerden teşekküldür. Maddeleri oluşturan her paragrafa fıkra, onların (genellikle numaralı olan) alt paragraflarına bent, eğer bir bendin altında bir sıralama varsa alt bent denir. Her madde fıkralardan oluşmayabilir. Yani bir madde sadece bir fıkradan oluşabileceği gibi, çok sayıda fıkradan da oluşabilir. Madde metinlerinde başlangıçtan nokta (.) işaretime kadar olan kısma cümle denir. Bir cümle, noktalı virgül (;) yahut *ve* ve *veya* bağlaçlarıyla birkaç cümlenin birleşiminden oluşabilir. İşte kendi başına anlam içeren en küçük parça bir cümledir.

Anayasalar şeklen bir kanun olmakla birlikte, dört önemli farkları vardır: (1) Anayasa normatif bakımdan kanunlardan üstündür. (2) Kanunların hangi organ tarafından yapılacağı anayasada belirlenmiştir. Buna karşın anayasanın kim tarafından ve nasıl yapılacağı önceden belli değildir. (3) Anayasanın değiştirilmesi sıradan kanunların değiştirilmesinden farklı ve daha zordur. (4) Anayasanın içeriği kanunlarinkinden farklıdır.

I.3.2. Normlar Hiyerarşisi ve Anayasanın Üstünlüğü

Hukuk düzeninde sadece anayasanın varlığı yeterli değildir. Anayasa temel kaideleri, hak ve özgürlükleri düzenler. Oysa toplumsal, ticari, idari, yani insan yaşamının hemen her alanına ilişkin özel kuralların toplandığı kanunların olması gerekir. Hatta kanunlar bile çoğu zaman yeterli olmaz. Kanunların ülkenin her yerinde aynı şekilde uygulanmasını sağlamak için, onların nasıl uygulanacağını belirleyecek yönetmeliklere ihtiyaç duyulabilir. Yönetmeliklerin uygulanışındaki ihtilaflara karşın, kanunun

yürütülmesiyle ilgili yetkili makam yönerge, genelge, talimat, tebligat, emir gibi daha alt normlara başvurabilir. Örneğin, dekanlık tarafından programı yapılan anayasa hukuku dersinin pazartesi günleri saat 09.00-12.00 saatleri arasında olması dahi emir niteliğinde düzenleyici bir normdur. Hukuk düzeninde normlar bir altlık üstlük ilişkisi içindedir.



Normların hiyerarşik bir düzende olduğunu Hans Kelsen kendisiyle özdeşleşen “normlar hiyerarşisi” teorisiyle ortaya koymuştur (Turhan, 2017: 40-41). Kelsen anayasayı normların en üstünde kabul ederek ona *Grundnorm* (temel norm) demiştir (Turhan, 2017: 14-15). Neticede bir norm en üstte olmalı, o norm en temel ilkeleri koymalı ve onun üzerinde bir norm olmamalıdır. Normlar arasında hiyerarşik ilişki, norm çatışmasında önem kazanır. Bir üst norm ile alt norm çatıştığında, üst norm geçerlidir (*lex superior derogat legi inferiori*) (Gözler, 2011: 308). Başka bir anlatımla anayasa ile bir kanunun hükümleri çatıştığında kanun hükümleri geçersiz hale gelir ve anayasa hükümleri uygulanır. Pek çok anayasa metninde, anayasa normlarının üstün olduğu ve kanunların anayasaya aykırı olamayacağı yazılıdır. Örneğin, 1982 Türk Anayasası’nın 11. maddesi “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” kenar başlığını taşır ve buna göre “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.” Ancak uygulamada bu durumun çözümü bu kadar kolay olmaz. Nitekim anayasa yargısı (kanunların anayasaya uygunluk denetimi) müessesesi bu sebeple ortaya çıkmıştır.

Normlar hiyerarşisi çerçevesinde iki durumun daha açıklanması gerekir: Biri; “sonraki kanun önceki kanunu ilga eder” (*lex posterior derogat legi priori*) (Gözler, 2011: 309). Çatışan normlar aynı düzeyde ise, sonra çıkan kanunun öncekini kaldırdığı kabul edilir. Başka bir anlatımla iki farklı kanunun hükümleri arasında çatışma olması durumunda, sonra yürürlüğe giren kanun hükümleri uygulanır. Kanunlar çoğunlukla dinamiktir. Özellikle bir kanunun yapımından sonra bazı eklemeler ve değişiklikler yapılır. Kanunlar ilk başta çok daha dikkatlice, birbiriyle çelişen normlardan uzak yapılırken zamanla yapılan değişiklikler bu sistematığı bozabilir. Ayrıca bir hukuk düzeninde yürürlükte olan binlerce kanun arasında bir kanunun, başka bir kanun ile çelişkili hükümlere sahip olduğu gözden kaçabilir. Bu durumda son çıkan kanun hükümleri uygulanır.

Normlar çatışmasında bir diğer durum da **genel kanun-özel kanun** çatışmasıdır. Aynı konuda iki farklı kanunda birbirleriyle uyuşmayan hükümler bulunabilir. Burada dikkat edilmesi gereken, o konuya özel olarak çıkarılan kanunun geçerli olduğudur (*lex specialis derogat legi generali*) (Gözler, 2011: 309). Örneğin, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu tüzel kişiliklerle ilgili genel hükümler ihtiva ettiğinden, derneklerle ilgili hükümlere rastlamak mümkündür. 5253 sayılı Dernekler Kanunu ise derneklerin işlerinin yürütülmesi için yapılmış özel bir kanundur. Bu durumda iki kanun hükümleri arasında bir çatışma olduğunda özel kanun olan Dernekler Kanunu hükümleri geçerlidir.

Sonuç olarak, hukuk düzeni sadece anayasa ile yürütülemez. Her alanda çıkarılan özel kanunlara gerek vardır. Onlar bile yeterli olmayıp, kanunların uygulanışını göstermek üzere yönetmeliklere ihtiyaç duyulur. Yönetmelikler de yetmez, uygulamada bir standart sağlamak için genelgelere ve daha alt normlara ihtiyaç duyulur. Ancak silsile ile devam eden bu normların üstteki normlar ile çatışmaması gerekir. Normlar arasında en üstün olan anayasa, devlet organları ve tüm bireyler için bağlayıcı olmalıdır.

I.3.3. Anayasanın Yapımı: Kurucu İktidar

Anayasalar ile kanunlar arasındaki en önemli farklardan biri de yapımlarıdır. Anayasa yapımı ve anayasa yapıcılar ile kanunların yapım yöntemi ve kanun yapıcılar oldukça farklıdır. Kanunlar kadim zamanlarda

monarklar (kral, imparator, padişah, sultan vs) tarafından yapılmıştır. Devletin yöneticisi hem yasa koyucu hem de yasaların uygulayıcısı olmuştur. Kuvvetler ayrılığı düşüncesinin gelişmesiyle birlikte, kralların yasa koyması yetkisi, halk tarafından seçilen milletvekillerinden oluşan parlamentolara geçmiştir. Modern devletlerde kanunlar parlamentolarca yapılır. Kanunların nasıl yapılacağı, kanun yapımında hangi yol ve yöntemin izleneceği genel hatlarıyla anayasalarda, daha ince ayrıntılar da parlamentoların içtüzüklerinde belirlenmiştir. Kanun koyucu kanunun içeriği bakımından serbest olmakla birlikte; kanun yapım yöntemi ve kanunların anayasaya aykırı olmaması bakımından sınırlı, bağlı bir yetkiye sahiptir.

Anayasaların yapım yöntemi ve anayasa yapıcılar kanunlardan çok farklıdır. Öncelikle, anayasaların ne zaman, kim tarafından ve hangi yöntemle yapılacağı çok belirli değildir. Bu sebeple, önce anayasa yapma ihtiyacı, anayasayı kimin yaptığı ve yapım yöntemini sırayla açıklamak gerekir.

I.3.3.1. Anayasa yapma ihtiyacı

ABD ve Fransa'da başlayan anayasa yapımı, önce Avrupa'nın tümünde etkili olmuştur. Bu akımdan önce kurulmuş olan devletlerin pek çoğu anayasa yapma yoluna gitmişlerdir. Örneğin Sırbistan, henüz Osmanlı Devleti'nden bağımsız olmadan bile bir anayasa hazırlamıştır. Osmanlı'dan ayrılarak bağımsızlığa kavuşan Yunanistan ve Romanya anayasa yapmıştır. Osmanlı Devleti kuruluşundan 577 yıl sonra bir anayasaya sahip olmuştur. Önceki 577 yıl boyunca Osmanlı'nın belli ilkeler ve kaideler ile yönetilmediğini söylemek doğru olmaz. Ancak Osmanlı Devleti'nin 1876 yılında ilk kez yazılı bir anayasaya sahip oluşu, yasa yapmak üzere bir parlamentonun kurulmasının en önemli açıklaması, anayasacılık hareketlerinden etkilenmiş olmasıdır. Nitekim bu durum Norveç, İsveç, Hollanda, İspanya, İtalya, Japonya gibi diğer kadim devletler için de geçerlidir.

Anayasa yapımı, en önemli iki ivmesini I. ve II. Dünya Savaşından sonra yaşamıştır. I. Dünya Savaşının en önemli sonucu imparatorlukların sonunu getirmesidir. Yıkılan imparatorlukların yerine çok sayıda, görece küçük ulus devletler kurulmuştur. İmparatorluklardan ayrılan ulus devletler anayasa yapma yoluna gitmişlerdir. Bu dönemden sonra anayasa sahibi

olmak bir devlet için adeta bağımsızlık sembolü olarak görülmüştür. Yukarıda belirtildiği gibi, bugün iki devlet dışında hemen hemen yazılı bir anayasası olmayan bir devlet kalmamıştır.

II. Dünya Savaşı özellikle Afrika, Asya ve Güney Amerika'daki müstemlekelere son vermiş, Avrupalı devletlerin sömürgeleri altındaki halklar kendi ulus devletlerini kumuşlardır. Sonuçta ister savaş sonrası yeni kurulmuş olsun, ister sömürgelektan kurtularak bağımsızlığa kavuşmuş olsun, yeni bir devletin ortaya çıkışı yeni bir anayasa yapımını ortaya çıkarır (Gözler, 2011: 317-320).

Yeni devletlerin ortaya çıkışı, kimi zaman birleşme veya ayrılma yoluyla da olabilir. Dünyadaki federal devletler çoğunlukla pek çok farklı devletin bir anayasa etrafında birleşmesiyle oluşmuştur. ABD ve Federal Almanya Cumhuriyeti bunun en önemli örnekleridir. Öte yandan her birleşme yeni bir anayasa gerektirmeyebilir. Örneğin, 1939 yılında Hatay Cumhuriyeti'nin Türkiye Cumhuriyeti'ne katılmasında yeni bir anayasa yapılmasına gerek görülmemiştir. 1989 yılında Doğu Almanya Demokratik Cumhuriyeti ile Batı Almanya Federal Cumhuriyeti'nin birleşmesinde de yeni bir anayasa yapmak yerine, mevcut 1949 Bonn Anayasasında bazı değişikliklerin yapılması yeterli görülmüştür. Kimi zaman birleşik devletlerin ayrılmasıyla da yeni bir devlet ve yeni bir anayasa ihtiyacı ortaya çıkabilir. Örneğin, 1918 yılında kurulan Çekoslovakya, 1993 yılında Çek Cumhuriyeti ve Slovakya olarak ikiye ayrılmıştır. Bu demektir ki; Çekoslovakya Anayasası yeni kurulan her iki devlete de hitap etmemektedir ve her iki devletin kendine özgü yeni anayasalara ihtiyacı vardır.

Anayasa yapma ihtiyacı, her zaman yeni bağımsız bir devletin ortaya çıkışında olmaz, devrim yoluyla devletin rejiminde köklü bir değişiklik olduğunda da yeni bir anayasa yapımına gidilir. Örneğin, 1917 yılında sosyalistler (Bolşevik Partisi) yaptıkları devrim ile Rus Çarlığını ortadan kaldırarak, sosyalist bir devlet kurmuşlardır. Ortada yeni bir devlet değil, yeni bir rejim vardır ve yapılan yeni anayasa sosyalist ilkeler üzerine inşa edilmiştir. Benzer bir örnek, 1979 İran İslam Devrimi için de söylenebilir. İslam devrimi ile İran Pehlevi Şahlığına son veren devrimciler, İran İslam Cumhuriyetini kurmak üzere, Şii-İslam şeriatına dayalı yeni bir anayasa yapma yoluna gitmişlerdir.

Yeni bir devlet ortaya çıkmadığı halde, yeni anayasanın yapıldığı bir başka durum ise, hükümet darbeleridir (*coup d'Etat*). Hükümet darbesi, mevcut meşru hükümetin gayrimeşru olarak ortadan kaldırılarak, yerine küçük bir cuntanın yönetime geçmesidir. Devrimlerden farklı olarak, darbeler çok küçük bir ekibin, genellikle silahlı güç ile yaptığı bir eylemdir. Devrimler çoğunlukla toplumsal destek gördükleri için başarılı olurlar. Darbelerde toplumsal destek yoktur. Darbeler, meşru hükümetleri ortadan kaldırdıklarından ve halk istemediği halde onları yönetmeye zorladıklarından gayri meşrudur. Daha da önemlisi bütün bunlar şiddet kullanarak, silahla yapılır. Darbeler sırasında, haksız tutuklama, işkence ve kötü muamele, idam, işten çıkarma, vatandaşlıktan çıkarma gibi binlerce insanlık suçu işlenir.

Peki yönetimi ele geçiren darbeciler niçin anayasa yapar? Darbeciler her zaman yeni bir anayasa yapmazlar. Örneğin 12 Mart 1971 Askeri muhtırasından 14 gün sonra meşru hükümet istifa etmiş, yerine askerlerin yönlendirmesiyle partilerüstü hükümet kurulmuş; yeni bir anayasa yapılmadan 1971 ve 1973 yıllarında anayasada köklü değişiklikler yoluna gidilmiştir. Buna mukabil, 1960 ve 1980 darbelerinden sonra yeni bir anayasa yapılmıştır. Genellikle darbeciler mevcut düzenden memnun olmayan kimselerdir. Nitekim, 1960 darbesini yapan Milli Birlik Komitesinin Demokrat Partinin yönetiminden memnun olmadığı, parlamentoyu güçlendiren ve yürütmeyi zayıflatan bir anayasa yapmasından anlaşılmaktadır. Aynı durum 1980 darbesini yapan Milli Güvenlik Konseyi için de geçerlidir. Darbecilerin anayasa yapmalarında bir başka sebep ise çıkış garantileridir. Anayasalar değiştirilmesi zor metinler olduklarından, darbe yapmakla ciddi suçlar işleyen darbeciler, anayasaya koyacakları hükümlerle yargılanmaktan ve cezalandırılmaktan kurtulmak, demokratik rejime geçtikten sonra bazı ayrıcalıklar isterler. Buna çıkış garantisi adı verilir (Özbudun, 2014: 85-86). Nitekim 1982 Anayasası'nın geçici 15. maddesi¹⁷ bir çıkış garantisi idi.

¹⁷ **Anayasa'nın geçici 15. Maddesi (mülga):** 12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Milli Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezai, mali veya hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz. Bu karar ve tasarrufların idarece veya

Bir devletin yeni kurulması, bir devrim yahut darbe yapılması söz konusu olmasa bile bazı önemli sosyal ve siyasal değişimler, kimi zaman yenileme isteğiyle yeni bir anayasa yapımı söz konusu olabilir. 1990'ların başında sosyalist rejimlerin çökmesiyle doğu ve orta Avrupa'daki sosyalist devletler liberal ekonomiye geçmiştir. O dönemde Rusya, Ukrayna, Polonya, Romanya, Çekoslovakya, Bulgaristan ve çok sayıda devlet liberal ekonomiyi kabul eden yeni anayasalar yapmıştır. 1994 yılında Güney Afrika Cumhuriyeti'nde *Appartheid* rejiminin son bulmasıyla eşitlikçi bir anayasa yapımına gidilmiştir (Bilchitz et.al, 2016: 40-42). Helvetya Konfederasyonu (İsviçre) ilk anayasasını 1848 yılında yapmıştı. 1999 yılında herhangi bir özel durum olmaksızın sadece çağa uygun yeni bir anayasa yapma yolunu tercih etmişlerdir.¹⁸

Sonuç olarak, savaşlar sonrası yeni bir devletin kurulması, bir devletin sömürgeci bağımsızlığa kavuşması, devletlerin birleşmesi veya ayrılması yoluyla yeni bir formun ortaya çıkması, devrimler yoluyla devletin rejiminin değişmesi veya darbeler yoluyla yeni bir yönetimin gelmesinde; büyük ekonomik, sosyal ve siyasal değişimlerde yeni bir anayasa yapma ihtiyacı ortaya çıkabilir.

I.3.3.2. Kurucu İktidar

Anayasaların yapılacağı koşullar yukarıda anlatılmıştır. Peki bu durumda anayasayı kim yapacaktır? Esasında bu sorunun cevabı, koşulun kendisinde saklıdır. Şöyle ki; savaş sonrası bir devlet kurulduğunda, mutlaka devleti kuran öncü bir kuvvet olur. Örneğin, 1918 yılında Osmanlı Devleti yıkıldıktan sonra çok sayıda yeni devlet kurulmuştur. Bugünkü Türkiye toprakları emperyalist güçlerce işgale uğramıştır. Yaklaşık dört yıl süren kurtuluş mücadelesinden sonra Türkiye Devleti 24 Temmuz 1923 Lozan Antlaşmasıyla uluslararası düzeyde bağımsız bir devlet kabul edilmiştir. Kurtuluş mücadelesine önderlik eden Gazi Mustafa Kemal Atatürk ve arkadaşları Türkiye Cumhuriyeti'nin anayasasını yapmışlardır. Kısaca, bir anayasa yapma ihtiyacı ortaya çıktığında, anayasayı yapan ve uygulama imkânı bulan güç anayasayı yapar.

yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufla bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.

¹⁸ İsviçre Anayasası'nın tarihsel gelişimi için bkz. <https://www.parlament.ch/en/%C3%BCber-das-parlament/how-does-the-swiss-parliament-work/Rules-governing-parliamentary-procedures/federal-constitution>

Belli bir dönemde anayasayı yapma ve belli bir süre uygulayabilme imkanına erişen güce, kurucu iktidar denir.¹⁹ Zira bu güç, yeni bir kuruluş yapmıştır. Bu kuruluş, hiç yoktan, daha önce olmayan veya daha önce var olanı tamamen ortadan kaldırıp, yeniden bir kuruluş olduğundan, anayasayı yapan güce “asli kurucu iktidar” (Gözler, 1998: 11) denir.²⁰ Asli kurucu iktidarın kim olacağı önceden bilinmez, bu tarihsel bir durumdur.

I.3.3.3. Anayasa yapma yöntemleri

Anayasayı yapan güç anayasayı nasıl yapar? Dünyada “anayasa hazırlama kılavuzu” adıyla bir kılavuz yoktur. Gerçi son yıllarda anayasa tecrübesini yeni edinen ülkeler yahut bazı anayasa sorunları yaşayan ülkeler açısından anayasacılığa ilişkin metinler hazırlanmıştır.²¹ Bununla birlikte, anayasa koyucuyu bağlayan bir normdan söz edilemez. Eğer anayasa yapan belli normlara bağlı kalarak bunu yaparsa sıfırdan bir anayasa yapmış olmaz. Kurmak, hiç yoktan inşa etmektir. Asli kurucu olanın, hukuk dışı bir ortamda ortaya çıktığı ve bağlı olduğu bir hukuk olmadığı için “hukuk dışı” iktidar olarak nitelendirilir (Gözler, 1998: 14 ve 24). Asli kurucu iktidar aynı zamanda sınırsız bir iktidardır. Nasıl bir anayasa yapılacağı, hangi ilkelerin hangi esasların kabul edileceği tamamen kurucuların takdirindedir (Gözler, 1998: 57-58). Elbette ki, kurucuların isteklerinin yanında toplumsal ve tarihsel gerçekler de anayasanın yapılmasında etkili olur. Ancak burada söz konusu olan sınırsızlık; sistemin nasıl kurgulanacağı, anayasanın içeriği, kaç madde olacağı vb hususlardır.²² Yoksa toplumsal gerçeklerden uzak ve uygulanması mümkün olmayan bir anayasanın yürürlüğe konmasının anlamı yoktur.

Anayasa yapımları, anayasanın uygulanacağı halkın, anayasanın yapımına katılıp katılmaması bakımından demokratik ve demokratik olmayan yöntemler olarak adlandırılır (Gözler, 1998: 74). Anayasacılık hareketinin etkisiyle ilk anayasaları genellikle krallar ve sultanlar bizzat

¹⁹ Kurucu iktidar hakkında ayrıntı bir çalışma için bkz. K. Gözler (1998).

²⁰ Burada okuyucuya küçük bir uyarı yapmak istiyorum. Asli kurucu iktidar, anayasa yapmış, kurmuş olandır. Asli kurucu iktidar bir sıfattır. Bu sıfat ancak bir toplumda bir anayasanın yapılması ve belli bir süre uygulanması ile mümkündür. Dolayısıyla, “anayasayı asli kurucu iktidar yapar” gibi bir ifade doğru değildir, doğru ifade “anayasa yapan güce asli kurucu iktidar denir” olmalıdır.

²¹ Örneğin IDEA (International Institute for Democracy and Electoral Assistance) bu amaçla faaliyetlerde bulunan bir uluslararası kuruluştur. Bkz. <https://www.idea.int/>

²² Benzer görüşler için bkz. Gözler, 1998: 60.

kendileri kabul ederek, halklarına bahşetmişlerdir. Monarkın tek taraflı iradesiyle kabul edilen ve yürürlüğe giren anayasalara **ferman** tipi anayasa denir. Nitekim 1876 yılında 28 kişilik Encümeni Mahsusa tarafından hazırlanan anayasa tasarısı, padişah Abdülhamit II'nin gözden geçirmesinden sonra, bir ferman ile kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir (Tanör, 2011: 132-133). Kadim dönemlerde monark ile güç sahibi derebeylerinin karşılıklı imzaladıkları hak ve özgürlük belgeleri olmuştur. İngiliz kralı Yurtsuz John ile İngiliz derebeyleri arasında imzalanan 1215 *Magna Carta Libertatum* buna örnek bir belgedir. Bu tür belgelere **misak** adı verilir. Mahmut II ile Osmanlı ayanları arasında imzalanan 1808 Senedi İttifak da misaka örnektir (Gözler, 2011: 327).

Temsili demokrasinin gelişimiyle birlikte, halkın anayasa yapımına katılabilmesi mümkün olmuştur. Halkın anayasa yapımına katılımı birkaç farklı şekilde ortaya çıkar. Bunlardan birinci yol, anayasa yapacak kurucu bir meclisin seçimidir. Belli bir zamanda, anayasa yapımı amacıyla kendisine halk tarafından anayasa yapma yetkisi verilen kurula **kurucu meclis** (konvansiyon) denir (Gözler, 2011: 328). Kurucu meclis yönteminde yetki baştan verilir, kurucu meclisin yaptığı anayasa baştan halk tarafından kabul edilmiş olur. Kurucu meclisler kimi zaman sadece anayasa yapmak için toplanır ve hiçbir sıradan yasa yapmaksızın görevini tamamlayınca dağılır. Bu Amerikan anayasasını yapan meclise benzediğinden Amerikan tipi kurucu meclis olarak anılır. Fransız tipi kurucu meclisler ise, anayasa yapmak için toplandıklarında sıradan yasalar da yaparlar. Hatta anayasayı yaptıktan sonra dağılmayıp bir süre yasama faaliyetine devam ederler (Gözler, 2011: 329-330). Türkiye'de 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarını yapan kurucu meclisler Fransız tipine örnektir.

Kurucu meclis yönteminde halk anayasa yapımına henüz anayasa yapılmadan katılır. Sadece kimin anayasa yapacağına karar verir. Oysa yapılan anayasa halkın talep ve onayına uygun olmayabilir. Halkoylaması (referandum), alınan kararların halkın onayına sunulmasında bir mekanizma olarak ortaya çıkınca, anayasaların yapımından sonra yürürlüğe girmesi için halkoyuna sunulması yaygın kabul görmüştür. Yapılan bir anayasanın halkoyuna sunulmasına **kurucu referandum** adı verilir (Gözler, 2011: 330-331). 1961 ve 1982 anayasaları kurucu referandumlarla kabul edilmiştir. Kurucu referandum, halkoyu sürecinde bir tartışma

yapmak, yürürlüğe girmesi için ileri sürülen anayasa hakkında olumlu ve olumsuz fikirlerin öne sürülerek, serbestçe oylanmasını içerir. Oysa kimi zaman, referandumlar bir tartışma ortamında olmaz. Napolyon Bonaparte'ın kendi yetkilerini artırdığı anayasayı tartışma olmaksızın bir katakulli ile referandumdan geçirmesinden sonra bu yönteme Bonapartist anayasacılık denmiştir (Gözler, 2011: 331). Burada kurucu referandumun bozulmuş bir şekli vardır ve buna **plebisit**²³ adı verilir. Örneğin, 7 Kasım 1982 tarihinde referandum %91 oy ile geçmiştir. Bu referandumdan sıklıkla plebisit olarak söz edilir.

İletişimin ve internetin yaygınlaşmasıyla birlikte halkın anayasa yapımına katılımı kurucu meclis ve kurucu referandumun ötesine geçmiştir (Hudson, 2018: 186). Örneğin, Güney Afrika'da yapımında halkın son derece katılımcı olduğu bir anayasa 10 Aralık 1996'da onaylanarak, 1997 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu süreç hem önerilerin alınması hem taslağın sivil topluma ulaştırılması bakımından çok uzun sürmüştür (Bilchitz et.al, 2016: 32-34). Türkiye'de de 2011 genel seçimlerinden sonra Meclis Başkanı Cemil Çiçek başkanlığında, TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerden eşit sayıda üye ile oluşturulan bir Anayasa Komisyonu ile Güney Afrika'dakine benzer bir süreç yaşanmıştır. Komisyon 60 maddede uzlaşmış ancak sonuca ulaşamamıştır. Bu yönteme **katılımcı anayasa yapımı** denir.

Sonuç olarak anayasalar, anayasa yapma koşulları ortaya çıktığında yapılır. Bu koşullar yeni bir devletin kurulması veya bir devletin başka bir devletin boyunduruğundan bağımsızlığa kavuşması olabileceği gibi, darbe ve devrim gibi ani değişiklikler yahut sosyal ve siyasal gelişmeler sonucu yeni bir anayasa yapılması söz konusu olabilir. Ancak bir anayasanın ne zaman yapılacağı genellikle önceden kestirilemez ve tarihin akışı yeni bir durumu ve yeni bir anayasa yapımını ortaya çıkarabilir. Anayasayı kimin yapacağını yine tarihsel koşullar belirler. Halk anayasa yapımına katılmıyorsa bunlara monokratik yöntem; halk anayasa yapımına katılıyorsa demokratik yöntem denir. Halkın anayasa yapımına katıldığı kurucu meclis ve kurucu referandum yöntemlerinin ötesinde, bugün

²³ Plebisit sözcüğü, halk anlamına gelen Latince "pleb" sözcüğünden türemiştir. Plebisitin üç farklı anlamda kullandığı söylenebilir: 1- Referandum, halkoylaması (bu kavramlarla aynı anlamda kabul edilir). 2- Tartışmaya, karşı propagandaya yer vermeyen, dayatmacı halkoylaması. 3- Bir halkın bağımsızlık veya bir devlete katılmak üzere halkoylamasına gitmesi.

toplumların bilinçlenmesi ve iletişimin çok yaygın olması sebebiyle artık katılımcı anayasa yapımı söz konusudur. Başka bir anlatımla, anayasa yapımında halkın her aşamada görüş ve taleplerini dile getirmesi, gelinen önemli bir aşamadır.

I.3.4. Anayasanın Değiştirilmesi

Anayasalar değiştirilemez metinler değildir. Tam tersi anayasalar dinamik bir topluma uygulanır. Toplumsal, ekonomik ve siyasal gelişmelere göre, anayasaların da dinamik olması ve değiştirilmesi gerekir. Ayrıca belli bir dönemde uygulanan anayasalar önceden yapılmıştır ve gelecek kuşaklar tarafından mecburen uygulanır. Sonraki kuşakların, öncekilerin tercihlerine mecbur kalmak istememeleri ise son derece doğaldır. Bu sebeple de anayasalar değiştirilebilir.²⁴

Anayasaların ne zaman değiştirileceği konusu anayasa yapım ihtiyacı kadar açık değildir. Elbette bir sosyal ihtiyaç hasıl olduğunda anayasanın değiştirilmesi yoluna gidilir, ancak anayasa değiştirme sebeplerini tasnif etmek kolay değildir. Anayasa yapıcılardan farklı olarak, anayasa değiştiriciler ile anayasanın nasıl değiştirileceği hususu, değiştirilmek istenen anayasada belirlidir.

Anayasaların hemen hemen hepsi değiştirilme yöntemlerini kendileri belirler. Başka bir anlatımla, anayasa koyucular yaptıkları anayasanın kim tarafından ve nasıl değiştirileceğini bizzat kendileri belirler. Nadiren bazı anayasalarda anayasayı değiştirmeye ilişkin özel kurallar yoktur. Değiştirilmeleri sıradan kanunlardan farklı olmayan bu anayasalara “**esnek (yumuşak) anayasa**” adı verilir (Gözler, 2011: 117). Örneğin, 1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu (1921 Anayasası) özel değiştirme hükümleri taşımamaktaydı. Bu anayasada yapılan değişiklik herhangi bir kanunda yapılan değişiklik gibi olmuştur. Değiştirilmesi kanunlardan farklı ve genellikle daha zor kurallara bağlı olan anayasalar ise “**katı anayasa**”

²⁴ Anayasa değişikliği kavramı ile anayasa yapımı kavramı zaman zaman karıştırılmaktadır. Yeni bir anayasanın yapılması çoğu zaman “anayasanın değiştirilmesi” şeklinde ifade edilmektedir. Bu doğru değildir. Anayasa yapımı, hiç anayasa yokken sıfırdan bir anayasa yapmak yahut eski anayasayı tümüyle kaldırarak yeni bir anayasayı yürürlüğe koymaktır. Anayasa değişikliği ise, mevcutta var olan anayasanın kimi maddelerinde değişikliğe gitmek, kimi madde veya fıkralarını yürürlükten kaldırmak veya yeni madde eklemektir. Yani yapım imalat, değişiklik tadilatır.

(Gözler, 2011: 118) olarak nitelendirilir.²⁵ Bazı anayasalarda değiştirilemez maddeler vardır. Değiştirilemez maddeleri olan anayasalar da katı anayasa kategorisine girer. Değiştirilemez maddeler konusu doktrinde tartışmalıdır. Anayasayı koyan irade belli bir maddenin/maddelerin değiştirilmesini istememişse bu maddeler değiştirilemez (Kaboğlu, 2021: 39). Eğer değiştirilirse yapılan, anayasa değişikliği değil, yeni bir anayasa yapımı olur.

Dünyada anayasalar genellikle anayasa değişikliği yetkisini parlamentolara verirler. Osmanlı-Türk anayasalarının tümünde anayasa değişiklik yetkisi parlamentonundur. 1982 Anayasası'nın 175. maddesi anayasanın kim tarafından ve nasıl değiştirileceğini ayrıntısı ile düzenlemektedir. Anayasayı değiştiren parlamento, yeni bir anayasa kuralı koymuş olur. Bu bir kuruculuktur. Kurucu güç, anayasada belirtilen çerçevede hareket edebildiğinden asli bir kuruculuk değil, tali bir kuruculuktur. Anayasayı değiştiren güce **tali kurucu iktidar** adı verilir.

Anayasayı değiştirme anayasanın belirlediği kurallar içinde olduğundan, anayasayı değiştirme gücü hem hukuki bir dayanağa sahiptir hem de sınırlıdır. Hukukidir, çünkü yetkisini bizzat değiştirdiği anayasadan alır. Sınırlı bir iktidardır, çünkü anayasa değişikliğini anayasanın belirlediği ilkelere göre yapar.

Burada üç sınırdan söz edilebilir. Birincisi, yöntem bakımından sınırlılıktır. Anayasa değişiklikleri, anayasada belirtilen yönetime göre yapılır (Kaboğlu, 2021: 32). Anayasanın anayasa değişikliğini düzenleyen maddesi değiştirilse ne olur? Bundan sonra yapılacak değişiklikler yeni kurallara göre olur. Başka bir anlatımla, anayasa değişikliğinde usulden kaçış olamaz. Eğer anayasa değişikliğini düzenleyen madde kaldırılırsa, anayasa esnek bir hale gelir. Diğer kanunlar nasıl değiştiriliyorsa, öyle değiştirilir. Ancak bu değiştirilemez maddelerin değiştirilebilmesini sağlamaz. Anayasa değişikliğinin bir diğer sınırı esas (içerik) bakımından sınırdır (Kaboğlu, 2021: 39). Yani anayasanın değiştirilmesine izin vermediği maddeleri parlamentoların değiştirmesi mümkün değildir.²⁶ Son

²⁵ Bazı öğrenciler “katı anayasa” tabirini “yasakçı, özgürlükçü olmayan” anlamında kullanırlar. Anayasanın katılığı değiştirilmesindeki zorluktur. Yasakçı anayasaya “katı anayasa” değil; özgürlükçü olmayan anayasa, sözde anayasa gibi tabirler kullanılabilir.

²⁶ Burada şu meseleyi göz ardı etmemek gerekir. Yeni bir anayasa yapma ihtimali her zaman vardır. Bunun ne zaman, nasıl olacağını önceden bilemeyiz. Değiştirilemez maddeleri değiştirmek

olarak bazı anayasalar, anayasanın kabulünden belli bir süre sonra veya belirli dönemlerde değiştirilmesini yasaklayabilir (Kaboğlu, 2021: 36-37). Nitekim pek çok anayasada savaş hallerinde anayasa değişikliği imkansızdır. Bazı anayasalar yürürlüğe girdikten 5, bazıları ise 10 sene içinde değişiklik yapmayı yasaklamaktadır. Bunlar anayasayı değiştirme gücünün sınırlı halleridir.

Anayasa değişikliği, tıpkı kanun değişikliği/kabulüne benzer bir süreçte gerçekleşir. Öncelikle bir değişiklik önerisinin getirilmesi gerekir. Ancak bu, kanunlarınkine göre çok daha fazla milletvekilinin talebine bağlıdır. Örneğin Türkiye’de bir milletvekilinin önerisi ile, bir kanun veya kanun değişikliği teklifi yapılabilir; bu teklif, TBMM toplantı yeter sayısı (1/3) ve karat yeter sayısı (TBMM üye tamsayısının 1/4’ünün 1 fazlası) ile yasalaşabilir. Diğer taraftan 1982 Anayasası’nın bir maddesini, hatta bir maddenin bir fırcasındaki bir kelimeyi bile değiştirmek üzere teklifte bulunabilmek için TBMM üye tam sayısının 1/3’ü oranında (200) milletvekilinin imzası gerekir. Anayasa değişiklik teklifi Anayasa Komisyonunda görüşldükten sonra TBMM Genel Kuruluna gelir. Maddeler iki kere ve gizli oylanır. Bir anayasa değişikliğinin kabulü için TBMM üye tamsayısının 3/5’i oranında milletvekilinin (360) “evet” demesi gerekir. Maddelerin 3/5 ile 2/3 arasında oy ile kabulü halinde, Cumhurbaşkanının onayı halinde, anayasa değişikliklerinin halk oyuna gitmesi zorunludur. Değişiklik önerisinin TBMM Genel Kurulunda 2/3 oranında milletvekilinin (400) oyuyla geçmesi halinde, Cumhurbaşkanı doğrudan doğruya değişiklikleri onaylayıp yayımlayabileceği gibi, istediği taktirde referanduma da götürebilir. Referanduma giden anayasa değişikliğinin kabulü için seçime katılanların salt çoğunluğunun (yarıdan bir fazla) oyu gereklidir. Görüldüğu üzere anayasa değişikliği, anayasa değişiklik teklifi, komisyon, genel kurul görüşme, genel kurul oylama, devlet başkanının onayı, referandum ve anayasa değişikliklerinin yayımlanması gibi, çok uzun ve ayrıntılı bir süreci içermektedir.

Sonuç olarak, anayasalar zaman zaman değişikliğe uğrar. Anayasa değişikliğinin nasıl yapılacağı prensip olarak, bizzat anayasada belirlenmiştir. Anayasa değişiklik yetkisi verilen organ, anayasanın

veya kaldırmak, yeni bir anayasa yapmak ile eşdeğerdir. Bu durumu anayasanın değiştirilmesi olarak değil, yeni bir anayasa yapımı olarak ele almak gerekir.

belirlediği usul kuralları ile değiştirilemez maddelere ve varsa dönem-süre kısıtlamasına uyarak değiştirebilir (Kaboğlu, 2021: 32). Anayasa değişikliği bir ihtiyaca binaen olur. Bununla birlikte, parlamentolarda genellikle bir parti anayasayı tek başına değiştirebilecek bir güce erişemez. Anayasa değişikliği çoğunlukla iktidar ve muhalefetin asgari bir uzlaşımını gerektirdiği için, çoğu zaman anayasa değişikliği dillendirilse bile bunun gerçekleşmesi o kadar kolay olmayabilir. Bir de anayasa değişikliklerinin referandumu zorunlu kıldığı haller düşünülünce, bu süreç toplum açısından adeta bir seçim süreci gibi, uzun, pahalı ve kutuplaşmaya yol açıcı niteliktedir. Bu sebeple anayasa değişikliği her ihtiyaç olduğunda gerçekleşmeyebilir. Diğer yandan, her değişiklik talebini de “ihtiyaç” olarak nitelendirmek doğru olmayabilir. Değişikliğin bir ihtiyaç olduğu düşünülse bile çözüm şeklinin bu ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı ayrıca tartışma konusudur. Bu sebeple anayasa değişikliğini ihtiyaç ile açıklamaktan çok, siyasal saiklerin öne çıktığını söylemek mümkündür.

1.3.5. Anayasanın İçeriği ve Sistematiği

Anayasa ile kanunlar arasındaki bir diğer önemli fark da içeriğidir. Hukuk düzeninde sadece bir tane (temel kanun halindeki çok metinli anayasalar istisnadır) anayasa varken, yüzlerce hatta binlerce kanun olur. Suç ve cezaya, aile ilişkilerine, mirasa, borç ve ticaret ilişkilerine, belediyenin görev ve yetkilerine, verginin nasıl belirleneceğine ilişkin belki temel birkaç kural anayasada olabilir. Ancak bu konuların çok daha ayrıntılı düzenlenmeleri ve nasıl uygulanacağı (muhakeme ve usul) ile ilgili özel kanunlar gerekir. Hatta anayasal meseleler üzerine bile, örneğin parlamentonun iç düzeni ve işleyişi, seçimler, siyasal partiler, anayasa mahkemesinin kuruluş ve görevleri hakkında ayrıntılı kanunların yapılmasına ihtiyaç vardır. Anayasa ve kanunlar arasındaki içerik bakımından en temel fark şudur: Anayasa toplumsal, siyasal ve ekonomik hemen her hususta genel ilkeleri düzenlerken; kanunlar belli bir konuda (anayasanın belirlediği ilkelere uygun olarak) genel, soyut, herkesi bağlayan kuralları çok ayrıntılı bir şekilde düzenler.

Anayasaların içerik bakımından kanunlarla farkı sadece genellik-özellik açısından değildir. Anayasalarda genel olarak iki hususun düzenlenmesi beklenir: 1- Devletin temel organlarının kuruluşu, işleyişi ve birbirleriyle ilişkisi, 2- Temel hak ve özgürlükler.

Anayasacılığın temel amacı; siyasal iktidarı sınırlandırma ile temel hak ve özgürlükleri güvence altına almaktır. Bu amacı taşımayan, taşıyor olsa da uygulanmayan anayasalara **sözde anayasa** denir (Erdoğan, 2017: 30). Eskiden dünyada sayıca az da olsa bazı devletlerin anayasaları sadece temel teşkilat (devletin organları) yasası şeklinde idi. Günümüzde bu tür bir anayasa kalmamıştır. Bununla birlikte, örneğin Kuzey Kore ve Çin anayasaları, az sayıda sıraladığı hak ve özgürlüklerin garantisi olarak devleti göstermektedir. Afganistan ve Suudi Arabistan anayasaları da hak ve özgürlüklerin sınırını şeriat olarak düzenlemektedir. Adı geçen ülkelerin anayasalarının anayasacılıktan beklenen korumayı sağladığı söylenemez.

I.3.6. Devlet Örgütlenmesi ve Siyasal Toplumun Şekillendirilmesi

Devletin örgütlenmesi demek, üç temel işlevi (fonksiyonu) olan; yasama, yürütme ve yargı yetkisinin bir kurum veya makamın kullanımına vermektir. Bir devletin hükümet sistemi, devlet organlarının görev paylaşımı ile şekillenir. Daha doğrusu, yasama organı ile yürütme organının nasıl kurulduğu, görevine nasıl devam ettiği, birbirlerini denetlemeleri/feshetmeleri ve pek çok farklı ölçüt dikkate alınarak, belli bir hükümet sistemine uygun olup olmadığı söylenebilir. Modern dünyada genellikle yasama yetkisi parlamentolara verilmiştir. Yürütme görev ve yetkisi ise, parlamenter sistemlerde başbakan başkanlığında kolektif bir bakanlar kuruluna; başkanlık sistemlerinde ise, doğrudan doğruya seçilmiş devlet başkanına aittir. Yargılama yetkisi, modern devletlerde bağımsız mahkemelerce yerine getirilir.

Anayasaların pek çoğu farklı hükümet katmanları arasında yetki paylaşımını düzenler. Federal bir devlette federal-federe devletler arasındaki yetki paylaşımı anayasa ile yapılır (Kaboğlu, 2021: 14). Örneğin, Arjantin, Kanada ve Hindistan gibi devletlerde coğrafi olarak bölünmüş federe (üye) devletler ile çatı örgütlenme olan federal (birleşik) devlet arasındaki görev ve yetki paylaşımı anayasalarında yer alır. Üniter (tek yapılı) bir devlette ise, merkezi hükümet ile yerel yönetimler arasındaki görevlere yer verilir. Örneğin Türkiye gibi üniter devletlerin anayasalarında yerel yönetimlere ilişkin hükümler bulunur. Kimi devletlerde iller, bölgeler veya alt toplumlar hakkında düzenlemeler olur. Örneğin Belçika Anayasasında hem coğrafi hem dil esasına göre toplumsal bölünme, bu toplumlara dair haklar ve yetkiler düzenlenmiştir.

Anayasa aynı zamanda siyasal toplumu şekillendirmeye çalışan bir belgedir. Bir devletin coğrafi sınırlarını, sınırları içindeki ve dışındaki yetkilerini, iç ve dış siyasetin temel ilkelerini ve vatandaşlık meselelerinin temel ilkeleri anayasada yer alır. Vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi esaslarına yer verilebilir. Anayasa ulusal kimliği ve değerleri ortaya koyar: Ulusun varlığına işaret eden bir belge olarak, bayrak, ulusal marş, diğer sembol ve değerler ile ulusun tarihi ve kimliği hakkında düzenlemeler yapar. Egemenliğin esasları ve kullanımı anayasaca belirlenir. Örneğin Fransız Anayasasına göre, Fransa devleti bölünmez, laik (*laïque*), demokratik ve sosyal bir cumhuriyettir. Egemenlik Fransız ulusuna aittir (<https://www.constituteproject.org>).

Devletin örgütlenmesine ilişkin olarak, sayılan hususlardan başka, devlet başkanı meselesi özellikle düzenlenen konulardan biridir. Devlet başkanı monarşilerde belli bir hanedandan gelen kral/sultan; cumhuriyetlerde cumhurbaşkanıdır. Monarşinin devam ettiği devletlerde, tacın (krallığın) nasıl nakledileceği ile ilgili temel ilkeler anayasada belirlenir. Cumhurbaşkanı seçimi, görev ve yetkileri ile ceza sorumluluğu yine anayasada düzenlenir.

Bir devletin siyasal bütünlük ve işleyişini garanti altına alan çeşitli üst kuruluşlar (bütünleştirici kurumlar) vardır. Bazıları ile siyasal iktidarın barışçıl yollarla el değiştirmesinin esasları (seçimler) düzenlenir (Bulmer, 2017: 11). Örneğin Türkiye’de Yüksek Seçim Kurulu gibi. Ayrıca hesap verilebilirlik ve şeffaflığı sağlayan kurumlar (Ombudsman, Sayıştay gibi) düzenlenir. Yine siyasetçilerin yolsuzluk ve görevlerini kötüye kullanma meselelerinin nasıl çözümleneceği (Meclis soruşturması, *impeachment* gibi) anayasalarda düzenlenir. Bazı anayasalarda güvenlik ve milli savunmaya ilişkin hükümler vardır. Örneğin, 1982 Anayasası milli güvenlik konusuna ve Milli Güvenlik Kuruluna yer vermiştir.

1.3.7. Temel Haklar ve Özgürlükler

Anayasalarda yer alan ikinci grup maddeler ise temel hak ve özgürleri güvenceye alan maddelerdir. Yukarıda belirtildiği üzere, anayasacılık hareketi hak ve özgürlük belgeleri ile birlikte gelişme göstermiştir. 1789 Fransız Devriminde Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi anayasadan önce ilan edilmiştir. ABD’de ise anayasa öncesinde Virginia Haklar Bildirgesi yayınlanmış, 1787 ABD Anayasasının ana metni

olan ilk 7 maddesi sadece devletin temel organlarına yer vermiş idi. 1791 Haklar Bildirisi (*Bill of Rights*) ile anayasaya 10 maddelik haklar ve özgürlükler eklenmiştir. 19. ve 20. yüzyılda yapılan anayasalarda ise, devletin temel organları ile hak ve özgürlüklerin birlikte düzenlenmesi adet olmuştur. Örneğin, 1876 Osmanlı Kanuni Esasi'nde devletin temel organlarının yanında haklar ve özgürlükler de düzenlenmiştir. 1921 Anayasası haricinde, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarının hepsinde devlet organları ile hak ve özgürlükler konuları yer almıştır. 1921 Anayasası olağanüstü dönemde sadece yönetime ilişkin konulara yer vermiştir.²⁷

Anayasaların bu kısımlarında hak ve özgürlüklerin tanımı yapılır. Hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin genel ve özel koşullar düzenlenir. Böylelikle siyasal iktidarın keyfi müdahalesine karşı haklar en üstün normda güvence altına alınmış olur. Bu haklardan bazıları açık ve demokratik toplum için olmazsa olmaz siyasal katılım (ifade, toplantı ve gösteri yürüyüşü, örgütlenme özgürlüğü), hukuki güvenlik ve kişisel güvenlik haklarıdır. Bazı anayasalarda sosyal, ekonomik ve kültürel haklara, azınlık ve grup haklarına da yer verilir. Bazı haklardan (yaşam hakkı, işkence görmeme hakkı, özel hayatın gizliliği gibi) sadece yurttaşlar değil, bütün insanlar yararlanır.

1.3.8. Anayasalarda yer alan diğer konular

Anayasaların pek çoğunda bütçenin yapılması ve uygulanmasına ilişkin mali ve ekonomik hükümlere rastlamak mümkündür. Anayasa koyucu belirli sosyal, ekonomik veya kalkınma hedeflerine yönelik hükümler getirebilir. Yine devleti çeşitli taahhüt ve yükümlülük altına sokan sosyo-ekonomik haklara yer vererek, hükümetleri siyasi olarak bağlayıcı ilkelerle kayıtlayabilir. Örneğin, Türkiye 1961 Anayasası ile planlı ekonomiye geçmiş, 1982 Anayasası bunu devam ettirmiş; anayasada bazı sosyo-ekonomik hedeflere yer verilmiştir.

Bazı anayasalarda dine ilişkin hükümler yer alır. Kimi devletler resmi bir dine, hatta bir mezhep veya kiliseye yer verir. Örneğin 1979 İran Anayasası'nın 12. maddesine göre İran'ın resmi mezhebi İslam-Caferi'dir. 1814 Norveç Anayasası'nın 16. maddesine göre Norveç'in resmi kilisesi

²⁷ 1921 Anayasası döneminde 1876 Kanuni Esasi yürürlükte olduğundan, hak ve özgürlükler bakımından bir eksiklik söz konusu değildir.

Evangelical-Lutheran Kilisesidir ve kral bu kiliseye mensup olmak zorundadır. Fransa ve Türkiye’de laiklik bir ilke olarak yer alırken; Türkiye’de Diyanet İşleri Başkanlığına merkezi idare içinde yer verildiği anayasada hüküm altına alınmıştır. Anayasada dinî kurumlar ile din dışı kurumlar arasındaki ilişkiler ortaya konur. Bu hükümler, özellikle dini ve ulusal kimliklerin birbiriyle ilişkili olduğu veya dini hukukun geleneksel olarak kişisel statü konularını veya vatandaşlar arasındaki uyumsuzlukların hakemliğini belirlediği toplumlarda önemlidir (örneğin dinî ve seküler hukukun bir arada uygulandığı İsrail). Çok toplumlu ve çok dilli toplumlarda kimi zaman anayasalarda etnik gruplar ve dillere ilişkin hükümler bulunur.

Anayasalarda ne tür maddeler olacağına çoğu zaman tarihsel koşullar ve anayasa yapıcılarının ideolojik yaklaşımları etkili olur. Örneğin, Ruanda Anayasası, 1994 yılında gerçekleşen Ruanda Soykırımının inkâr edilmesini, hafife alınmasını yasaklamış ve bunun kanunlarda suç olarak düzenlenmesini zorunlu kılmıştır (2003 Ruanda Anayasası m. 10). Almanya’nın yaşadığı Nazi diktatörlüğünden sonra 1949 Bonn Anayasası “insan onuru” ile başlamış ve demokrasiden ayrılan bir iktidara karşı Alman halkına direnme hakkı vermiştir. Türkiye’de Türk-İslam ideolojisini yerleştirmek isteyen 12 Eylül darbecileri, Anayasanın 24. maddesine, din derslerinin ilk ve ortaöğretimde zorunlu dersler arasında olması hükmünü eklemiştir.

Bütün bu sayılanların dışında, anayasalarda devletin temel organlarının kuruluşu ile hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan çok farklı hükümler bulunabilir. Örneğin 1982 Anayasanın 169. maddesi ormanların korunmasına veya Brezilya Anayasasında petrole ilişkin hükümler vardır. Helvetya Konfederasyonu eski anayasasında kasaplık hayvanlara ilişkin hükümler bulunmaktaydı (Oder ve Kanadoğlu, 2008: 1-2). Bu tür anayasalara **program anayasalar** denir.

I.3.9. Anayasanın Sistematiği

Anayasalar madde sayıları ve içerik bakımından farklılık göstermekle birlikte, hepsi kendi içinde sistematik bir bütünlük taşır. 1787 ABD Anayasası’ndan itibaren anayasanın amaç ve hedeflerini ortaya koyan bir başlangıç (*preamble*, dibace) kısmı bulunması adet olmuştur (Gözler, 2011: 123). Her anayasada başlangıç kısmı olmayabilir. Örneğin 1921 ve

1924 Türk anayasalarında başlangıç yoktur. Ancak 1961 ve 1982 anayasasını yapan kurucu iktidar, anayasaların dayandığı tarihsel olaylar ile ideolojik temellere atıfta bulunduğu bir başlangıç yazmayı tercih etmiştir. Başlangıç kısımları genellikle güçlü bir retorik içerir. Nitekim 1982 Anayasası'nın başlangıcı, 9 paragraftan oluşan sadece 1 cümledir. Bütün alt cümleler ve paragraflar birbirine bağlaç ve noktalı virgül ile bağlanmış ve soluksuz okunması gereken bir söyleve benzemiştir.

Anayasaların ilk maddeleri genellikle o devletle ilgili en temel ilkelere yer verir (Gözler, 2011: 125). Bir devletin monarşi-cumhuriyet, üniter devlet-federal devlet, dine dayalı devlet-laik devlet, liberal devlet-sosyalist devlet oluşu; devletin üç temel işlevinin yasama, yürütme ve yargının hangi organlarca kullanılacağı; resmi dili, bayrağı, ulusal marşı gibi hususlar yer alır. Bazı anayasalarda önce devlet organları sıralanır (örneğin, 1787 ABD, 1924 Türkiye) sonra hak ve özgürlüklere yer verilir. Bazı anayasalarda ise önce hak ve özgürlüklere, sonra devletin temel organlarına yer verilir (Türkiye 1961 ve 1982 Anayasaları). Bu iki temel konudan başka, anayasa değişikliği, referandum, mali hükümler, geçici maddeler, çeşitli hükümler olmak üzere farklı maddelere sırasıyla yer verilir. Sonuçta anayasalar maddelerden oluşur ve maddeler kısım ve bölümler olarak sistematik bir biçimde sıralanır.

Anayasanın kaç madde olacağı, tamamen anayasa yapıcının tercihine kalmıştır. Bunun dünyada standardı yoktur. Bazı devletler çok az maddeden oluşan ve maddelerin çok sade olduğu anayasalara sahipken; bazı devletlerin anayasaları oldukça çok sayıda, uzun ve detaylı maddelere sahiptir. Sadece ana ilkeleri düzenleyen, az sayıda maddeden oluşan, sade anayasalara **çerçeve anayasa** denir. ABD, Avustralya, Kanada ve Yeni Zelanda anayasaları çerçeve anayasaya örnektir (Saygın, 2020: 68).

Bazı anayasa yapıcılar ise, çok sayıda maddeden oluşan ve son derece detaylı anayasalar yaparlar. Bu tür anayasalara **detaylı anayasa** denir. Detaylı anayasa yapımına **kazuistik** (*casuistic*) yöntem denir (Saygın, 2020: 68). Kazuistik yöntem, çok ince detaylara girme, sofistike demektir. Anayasakoyucu önceden olabilecekleri düşünerek, her türlü soruna çözüm önerisi getirmeyi amaçlar. Peki hangi amaçla bu yöntem kullanılır? Bu yöntem iki temel sebeple açıklanabilir: Birincisi anayasanın uygulanacağı toplumun karmaşık yapısı, çok fazla meseleyi anayasal

düzejde düzenlemeyi gerektirebilir. Örneğin, Hindistan çok büyük bir nüfusa sahip, içinde çok fazla dinsel ve etnik grubu barındıran, çok dilli, kast sistemine dayalı bir toplum ve federal bir devlettir. Bütün bu sayılanlar Hindistan'ın 395 maddeden oluşan anayasasını açıklamak için bir sebep olabilir. Kazuistik yöntemin bir diğer sebebi ise, devlet organlarına ve topluma güvensizlik olarak açıklanabilir. Anayasa koyucu gelecekte oluşacak parlamentolara güvenmediğinden, anayasayı ayrıntılı yaparak kanunun alanını daraltmak isteyebilir yahut yürütme organının görev ve yetkilerini ayrıntısıyla tarif ederek, fiilen güçlü olmasının önüne geçmek isteyebilir. Yine topluma güvensiz olan anayasa koyucu, hak ve özgürlükleri mümkün olduğu kadar dar yorumlayabilir veya sınırlama koşullarını genişletebilir. 1982 Anayasasını yapan kurucu iktidar için bunları söylemek olasıdır.

I.4. ANAYASANIN İŞLEVİ, YORUMU VE UYGULANIŞI

I.4.1. Anayasanın Üç Yönü

Anayasalar toplumsal, siyasal ve hukuksal yönü olan metinlerdir ve genellikle toplumsal uzlaşma belgesi olarak görülür. Sözleşmecilerin **toplumsal sözleşme kuramından** ilhamla, anayasaların toplumun tümünü bir arada tutan bir konsensüs metni olduğu ileri sürülür (Bulmer, 2017: 8). Bu elbette ideal olan, arzulanan bir düşüncedir. Gerçekte anayasalar (Sözleşmecilerin iddiası gibi) anayasanın uygulanacağı toplum tarafından yapılmadığı gibi, toplumun tüm fertlerinin anayasa üzerinde uzlaşması olanağı da yoktur. Ancak birbirini tanımayan ve ikincil ilişkiler içinde olmak zorunda olan milyonlarca insan için asgari bir uzlaşma sağlayacak ortak bir metin gereklidir. Anayasa işte bu asgari uzlaşma metnidir denebilir. Anayasa-toplum ilişkisinin en önemli tarafı elbette bunun bir toplumda uygulanmasıdır. Anayasanın asgari ölçüde toplumun geneli tarafından benimsenmiş ve toplumun çoğunluğunun bu anayasaya uymayı kabul etmiş olması gerekir.

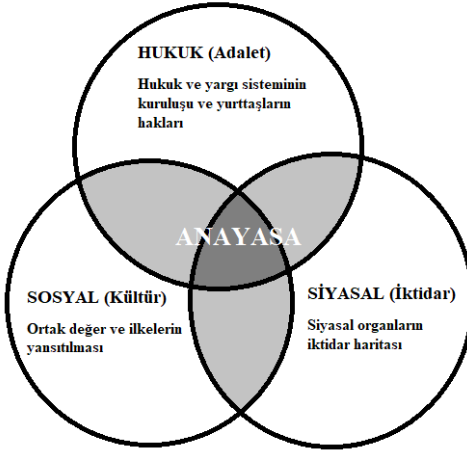
Toplumla ilişkisi, toplumsal uzlaşma metni olmanın yanında, toplumu dizayn etmeye yönelik hükümler içermesi sebebiyle anayasayı bir toplumsal mühendislik aracı olarak karşımıza çıkarır. Anayasa koyucuların anayasa yaparken tasarladıkları bir toplum modeli vardır. **Buyurgan bir anayasa** (*prescriptive constitution*), anayasanın “devletin kimliğinin temel tüzüğü” olarak temel işlevini vurgular ve “devleti destekleyen nihai

hedefleri ve ortak değerleri temsil etmede kilit bir rol oynar” (Bulmer, 2017: 9-10). Homojen bir topluluğun ortak değerlerine ve özlemlerine dayalı olarak neyin iyi bir toplum olarak kabul edilebileceğine dair ortak bir vizyon sağlar. Anayasa, hükümetin nasıl işlediğini tanımlamanın yanı sıra, kamu makamlarının ulaşmak için çaba göstermesi gereken ortak toplumsal hedefler üzerinde geniş bir fikir birliğini varsayar veya bunu empoze etmeye çalışır. Bu durum anayasanın sosyal içeriğine yapılan vurguyla hukuki ve siyasi içeriğine ideolojik şekilde yansıtılır. Güney Afrika (1996) ve Ekvador (2008) anayasaları buyurgan örneklerdir (Bulmer, 2017: 10).

Buyurgan anayasalara karşı **kılavuz anayasalar** (*procedural constitutions*) kamu kurumlarının yasal ve siyasi yapılarını tanımlar, demokratik süreçleri ve temel insan haklarını korumak için devlet gücünün hukuki sınırlarını belirler. Değerler veya kimlik konularında ortak bir anlaşmaya varmanın zor olduğu, ancak bu farklılıkları çözmek için demokratik yöntemlerin kullanılması konusunda daha sınırlı bir fikir birliğine varmak gerektiği fikri kılavuz anayasa öne çıkar. Kanada (1867/1982) ve Hollanda (1848/1983) anayasaları kılavuz anayasa arketipine uygundur. Bu anayasalar, iyi bir toplum için bir tek vizyon açıklamazlar. Sadece birlikte yaşama, ortak sorunları siyasi kurumlar aracılığıyla çözme ve farklı olan ya da aynı fikirde olmayanların haklarına saygı gösterme konusundaki asgari bağlılığa dayanırlar. Ulus inşasından ya da temel felsefi ya da ideolojik ilkelerden çok az yahut hiç bahsetmezler (Bulmer, 2017: 9).

Anayasa bir devletin yönetimine hâkim olan temel esasları belirleyen bir belgedir. Bu yönüyle anayasa siyasal bir metindir. Devletin nasıl yönetileceği, devlet yetkilerinin hangi organlar tarafından ve nasıl kullanılacağı anayasalarda ayrıntılı bir biçimde düzenlenir. Siyasetin en temel unsurları olan siyasal partiler ve seçimlerle ilgili temel ilkeler anayasalarda yer bulur. Anayasalar aynı zamanda belli bir ideoloji ve siyasal duruşu yansıtır. Bu durum çoğunlukla anayasalarda açık olarak belirtilirken, bazı anayasalar ideolojilerini örtük bir biçimde yansıtır. Devletin üniter ya da federal oluşu, teokratik yahut seküler oluşu, ekonomiye müdahale konusunda tutumu bir politik tercihin sonucudur. Anayasa koyucular hedefledikleri siyasal amaçlar doğrultusunda bir anayasa yapma yoluna giderek, siyasal tercihlerini anayasaya yansıtır.

Anayasa aynı zamanda hukuki bir metindir. Bir devlette uygulanacak hukuk düzeninin en üstün normu olarak, bu hukuk düzenine hâkim olan en temel ilkeleri belirler. Normatif bir değeri vardır ve bu normatifik devletin tüm organları, sivil toplum ve kişiler açısından bağlayıcıdır. Hukuk düzeni anayasa ile şekil alır ve onun sunduğu karaktere bürünür (Bulmer, 2017: 8). Ayrıca anayasa hukuku siyasetin hukukudur (Tunaya, 1982: 34). Siyasetin gözle görünen rekabet, çatışma ve uzlaşmalarının arka planındaki kurallar ve işleyiş anayasaca belirlenir.



(Bulmer, 2017: 8)

Sonuç olarak, anayasa toplumsal, siyasal ve hukuksal kümenin kesişim noktasında yer alır. Anayasanın siyasi yönü göz ardı edilemez. Onu sadece ve sıradan bir hukuk normu olarak görmek doğru değildir. Ayrıca anayasa, toplumu bir araya getiren ve aynı zamanda ona şekil yeren bir metindir. Anayasa meselesinde bu üç yönün ihmal edilmeksizin birlikte değerlendirilmesi gerekir.

1.4.2. Anayasanın Yorumlanması

Anayasa metinleri bazen çok açık ifadeler ile yazılırken, kimi zaman yazılı metin çok açık anlaşılabilir. Farklı bakış açıları, aynı metinden farklı anlamlar çıkarılabilir. Bu durumda anayasanın yorumlanması ve yazılı metinden bir sonuca ulaşılması gerekir. Anayasa bir hukuk metnidir ve bu metnin yorumlanmasında genel yorum kuralları geçerlidir. Hukukta beş önemli yorum yöntemi vardır: (1) lafzi yorum, (2) sistematik yorum, (3) tarihsel yorum, (4) amaçsal yorum, (5) mantıksal yorum (Metin, 2008: 15).

Lafzi yorum (sözel yorum), anayasa metninde yazılı sözcükler, sözcük dizilişi, bağlaçlar ve noktalama işaretlerine bakılarak, dilbilgisel sonuç çıkarmaktır (Metin, 2008: 15). Bu yorumda sözcüklerin sözlük anlamları ve dilbilgisi kuralları önemlidir. Bununla birlikte, anayasanın ilk yazımında imla kurallarına tam uyulup uyulmadığından emin olmak zordur. Ayrıca dilbilgisi ve yazım kuralları zamanla değişim gösterebilir.

Sistematik yorum, bir maddenin anayasanın hangi kısım veya bölümünde yer aldığına bakılmasıyla yapılan akıl yürütmedir. Böylelikle anayasa normları tek tek değil, bir tutarlılık içerisinde ele alınmış olur (Metin, 2008: 23). Bu yöntem bazı meselelere net bir cevap verilmesini sağlayabilir. Örneğin, 1982 Anayasası sosyal ve ekonomik haklara ilişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi düzenlemesine izin vermekle, anayasa sistematğinde temel haklar bölümünde yer alan mülkiyet ve miras hakkına ilişkin düzenleme yapılması mümkün değildir.

Tarihsel yorum, anayasa koyucunun bu normu niçin koyduğunu anlamak, adeta ilk niyetinin ne olduğunu ortaya çıkarmaktır. Bu durumda maddenin gerekçesi, özellikle komisyon ve genel kurul tutanakları, o dönem yapılan tartışmaları bilmek önem kazanır (Metin, 2008: 20). Bu yorum tarzı, anayasanın durağan değil, dinamik bir metin olduğu iddiasıyla eleştirilir. Yaşayan anayasa düşüncesine göre, anayasa geçmişe göre değil, bugünün toplumsal ihtiyaçları göz önünde bulundurularak yorumlanmalıdır (Metin, 2008: 21).

Amaçsal yorum (teleolojik yorum), anayasa maddesinin varlık amacını dikkate alarak, günün ihtiyaçlarına göre yapılan akıl yürütmesidir. Bu düşünce anayasanın, anayasa koyucularının iradesinden bağımsız bir varlığa dönüştüğü görüşüne dayanır. (Metin, 2008: 24) Anayasanın anayasa koyucunun iradesinden sıyrıldığı düşüncesi doğru bulunmamakta, aynı zamanda zamanın ihtiyaçlarına göre yorumun, hukuk güvenliği ilkesini sarsacağı düşüncesiyle, bu yorum yöntemi eleştirilmektedir.

Mantıksal yorum, bir normu kanundaki yerine veya hukuk düzeninin dışsal sistem içindeki yerine bakarak; normun diğer normlarla mantıksal ilişkisine bakılmasıdır. Normlar çatışmasını önlemek için, çoğu zaman altlık-üstlük, kural-istisna, tümevarım-tümdengelim, karşıtlık ilkelerine gitmek gerekir (Metin, 2008: 18). Bu yorum türü diğer yorum türlerinin tümüne bazı yönlerden benzemektedir.

Yorum yöntemleri çoğunlukla hep beraber kullanılır. Çoğu zaman bir yöntem, anayasal normu anlamlandırmak için yeterli olmayabilir. Ayrıca anayasayı yorumlarken bazı yorum ilkeleri de kullanılır. Anayasa hukuku açısından önemli ilkeler şunlardır: (1) Devlet organlarının yetkisiz olması asil, yetkili olması istisnadır (Gözler, 2011: 298). (2) Yetkiler dar, özgürlükler geniş yorumlanır (Gözler, 2011: 301-302). (3) Özgürlükler asıl, sınırlamalar istisnadır (Gözler, 2011: 302-303). (4) Açıklık durumunda yorum yapılmaz (Gözler, 2011: 264-265). (5) Yorum yaparken kanunun sözünden uzaklaşmaz (Gözler, 2011: 266).

Anayasanın yorum yöntemleri kadar, anayasayı yorum yetkisinin hangi organa verilmiş olduğu da önemlidir. Dünyada bu konuda iki önemli eğilim vardır. **Siyasal anayasa** (*political constitution*) anlayışına sahip devletler, anayasayı yorumlama yetkisini parlamentolara vermişlerdir. Yasayı yapan organ aynı zamanda anayasayı yorumlama yetkisine de sahiptir. Bu anayasalarda yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yasaklanmıştır. Dolayısıyla bir anayasa yargısı mekanizmasından (anayasa mahkemesi) söz edilemez (Böckenförde, Hedling and Wahi, 2011: 23). İngiltere anayasal düzeni başlangıçtan beri bu çizgiden ayrılmamıştır. Mahkemeler birkaç vaka dışında parlamentonun çıkardığı kanunları uygulamakta tereddüt etmemiş ve kanunları denetlemeye teşebbüs etmemişlerdir (Gözler, 2011: 700-701). Hollanda anayasası kanunların mahkemeler tarafından anayasaya uygunluk denetimi yapılmasını yasaklamıştır (1814 tarihli Hollanda Anayasası, m. 120). Aynı durum 1924 Anayasası döneminde Türkiye’de yaşanmıştır. Anayasayı yorumlama yetkisi doğrudan TBMM’ye ait idi. Bu dönemde anayasa yargısı talepleri dile getirilse de olumlu karşılık bulmamıştır.

Yargısal anayasa (*legal constitution*) ise, anayasayı yorumlama yetkisini yargı organına verir. Böylelikle ya hukuk düzenindeki mahkemelerin tümü (yaygın denetim) yahut anayasaya uygunluk denetimi yapması amacıyla kurulan bir yüksek mahkeme olan anayasa mahkemesi (özel denetim), anayasayı yorumlayarak kanun-anayasa çatışmasında bir sonuç ortaya koyarlar (Böckenförde, Hedling and Wahi, 2011: 21). Dünyada yaygın olan uygulama anayasanın bir yüksek mahkeme tarafından yorumlanmasıdır. Anayasa yargısı için öncelikle yazılı bir anayasanın olması, anayasanın alelade kanunlarla değiştirilemeyen katı bir anayasa

olması, yargısal denetimin anayasada yasaklanmamış olması ve bu mekanizmanın anayasada yetkilendirilmiş olması gerekir (Gözler, 2011: 700-704).

Milleti/halkı temsil eden parlamentonun çıkardığı kanunların, anayasaya uygunluk denetiminin (sonuçta atanmış olan) hakimlerce yapılması, anayasa yargısı mekanizmasının sıklıkla eleştirilen bir yönüdür. Öte yandan, anayasayı yorumlama yetkisinin parlamentoda olduğu kabul edildiğinde, bir parlamentonun anayasaya aykırı bir kanun yapamayacağını var saymak gerekir. Başka bir anlatımla, anayasayı yorumlama tekeline sahip bir parlamentonun, yaptığı her kanun anayasaya uygundur. Çünkü kimse kendi iradesine aykırı bir işlem yapmaz. Parlamentonun kanun çıkarttığı ve bunu yaparken aynı zamanda anayasayı yorumladığı düşünüldüğünde, mantıksal olarak bu kanunun anayasaya aykırı olması mümkün olamaz.

I.4.3. Anayasanın Uygulanması

Bir devlette bir anayasa ne kadar mükemmel olursa olsun, önemli olan onun nasıl uygulandığıdır. Türkiye’de hemen her dönem, çok farklı siyasal görüşler tarafından yeni bir anayasaya ihtiyaç olduğu söylenir. Sık sık anayasanın askerler tarafından yapıldığı ve Türkiye’nin sivil bir anayasaya ihtiyacı olduğu ifade edilir. Sivil bir anayasanın Türkiye’yi kurtaracağı öne sürülür. Oysa önemli olan iyi bir anayasanın varlığından çok, var olan bir anayasanın iyi uygulanmasıdır. Yukarıda yorum yöntem ve ilkelerinden söz edilmiştir. Özgürlüklerin esas, yetkilerin istisna olduğu özümsemiğinde; kötü olduğu varsayılan bir anayasa bile toplum için özgürlükçü bir ortam yaratabilir.

Türkiye’de ve pek çok gelişmekte olan ülkede asıl sorun, anayasanın ve anayasacılığın ne ifade ettiğini anlayamamaktır. İktidara gelen hiçbir hükümet, sınırlanmayı ve yetkilerinin kısıtlı olmasını kabullenemez. Muhalif iken özgürlük talep edenler, iktidara geldiklerinde şikâyet ettiklerine benzer despotik eğilim içine girerler. Türkiye’nin anayasa sorunu “yazarsan olur” sorunudur. Başka bir anlatımla, anayasaya eklenen bir hükmün kendiliğinden uygulanacağı inancıdır. Oysa yazı kendi başına hiçbir şey ifade etmez. Esas olan yazılı olanın uygulanması ve hayata geçirilmesidir.

Anayasaların amacı siyasal iktidarın sınırlandırılması, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Peki bir devletin anayasası olduğu halde, hatta bu anayasa hak ve özgürlüklere güvence getirdiği halde, gerçek hayatta uygulanmama ihtimali var mıdır? Pek çok devlette güvenceli anayasalar olduğu halde, anayasanın güvencelerini uygulamada görmek mümkün değildir. Günümüzde en demokratik devletlerde bile hak ve özgürlükler farklı ölçüde ihlal edilebilmektedir. Bununla birlikte bazı devletlerde hak ve özgürlükler sadece yazıdan ibarettir. Bazı yazarlar, güvenceli görüldüğü halde, gerçek yaşamda uygulanmayan anayasaları **kamuflej anayasa** olarak tanımlar (Erdoğan, 2017: 30-31). Bu devletlerde hak ve özgürlükler ya sistematik bir şekilde ihlal ediliyordur yahut sınırlamalar hakkı ortadan kaldıracak, anlamsız bırakacak şekilde geniştir. Hak ve özgürlükler çok kontrollü bir biçimde uygulanmaktadır.

Özgürlük ile otoritenin birbiriyle ters orantılı olduğunun üzerinde daha önce durulmuştur. İktidarda bulunan hükümetler, çoğunlukla anayasayı kendilerine engel görürler. Özellikle denetlenmek ve hesap vermekten kaçma eğiliminde olurlar. Elbette bu durum, demokrasinin yerleşik olduğu devletlerde daha zayıftır. Demokratikleşme düzeyi düştükçe, otoriterlik eğilimi güçlenir. Otoriter eğilimdeki siyasal iktidarlar sık sık yasalarda değişiklik yaparak, mali ve siyasi hesap vermeyi zorlaştırır, katılımcılığı ve sivil toplumu zayıflatır. Önünde engel olarak gördüğü siyasal, yargısal ve bürokratik unsurları sistemin dışına çıkararak veya işlevsiz hale getirerek güçleri perçinleştirirler. Bu aynı zamanda hak ve özgürlüklerin kısıtlanması, muhalif seslerin susturulması, siyasal katılım haklarının kullandırılmaması anlamına gelir.

Demokrasi iddiasında bulunmayan, otoriter ve totaliter rejimlerde temel hak ve özgürlükleri korumacı bir anayasa olması beklenemez. Darbe ile iş başına gelmiş askeri yönetimler ise, genellikle demokratik kurumları ve anayasayı askıya almaktan çekinmez. Sayılan durumlarda, anayasanın askıya alınması, hak ve özgürlüklerin ihlali açık bir biçimde yapılabilir. Buna karşın, demokrasi vaat eden ve görünürde demokratik olan bazı yönetimler, demokratik yolları da kullanarak, anayasayı etkisizleştirebilir ve anayasacılık işlevini ortadan kaldırabilir. **Suistimalci anayasacılık** adı verilen bu yöntem, son yıllarda özellikle doğu Avrupa ve Latin Amerika'da kendini göstermiştir. Hesap vermekten kaçınan, gücünü pekiştiren ve çoğunlukla ömür boyu iktidarda kalmak isteyen popülist sağcı liderler,

anayasa değişiklikleri ve yasalar yoluyla, anayasaların işlevini ortadan kaldıran anayasalarla karşımıza çıkmıştır (Landau, 2019: 21).

Bir devlette anayasa hala yürürlükte görüldüğü halde, anayasanın fiilen ortadan kalkmasına **anayasasızlaştırma** denir.²⁸ Korumacı bir anayasanın güvence işlevini ortadan kaldırılarak, adeta o devletin anayasası yokmuş, mevcut anayasa yürürlükte değilmiş gibi bir ortam yaratılır. Anayasada anayasal kurallar içinde değişiklikler kabul edilir, ancak burada amaç iktidarı sınırlandırmak ve hak özgürlükleri güvence almaktan çok, iktidarın diğer kurumlar üzerinde gücünü artırmak, özgürlükleri kısıtlamak olabilir. Mütemadiyen anayasaya aykırı kanunlar çıkarılarak, anayasanın hak ve özgürlükleri koruma işlevi ortadan kaldırılabilir. Anayasayı ihlal etmek, iktidar sahipleri bakımından sıradan bir eylem tarzına dönüşebilir. İdari eylem ve işlemlerin anayasaya aykırılık taşımasından çekinilmez. Bu durum, hak ve özgürlüklerin güvencesi olan yargı organına da sirayet eder, yargı organları anayasaya aykırı kararlar vermeye başlarsa, resmen yürürlükten kalkmamış olsa bile, bir anayasadan söz edilemez.

Sonuç olarak anayasalar, birbirlerinden farklı insanların asgari düzeyde birleştiğı bir sosyal sözleşme metinleridir. Anayasaların temel amaçları, hak ve özgürlüklerini devlet karşısında korumak ve devletin güçlerini farklı organlara dağıtarak, sınırlı hükümet modeli yaratmaktır. Böylelikle devletin veya devlet adına güç kullanan organların/kişilerin keyfi yönetiminin önüne geçilir.

²⁸ Anayasasızlaştırma kavramı ve bunun yöntemleri için bkz. K. Gözler (30 Mayıs 2016: 35).